LA DÉLÉGATION DU POUVOIR DE LÉGIFÉRER

SA NATURE JURIDIQUE D'APRÈS LA PRATIQUE DES AUTORITÉS FÉDÉRALES

DISSERTATION

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BERNE
POUR L'OBTENTION DU GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

OTHMAR-L. REYMOND

DOCTEUR ÈS SCIENCES POLITIQUES

*

IMPRIMERIE VOGT-SCHILD S. A., SOLEURE

1950

La Faculté de droit de l'Université de Berne, sans se prononcer sur les opinions de l'auteur, a admis, le 15 février 1945, sur la proposition de M. le professeur *Arthur Homberger*, la présente étude comme thèse de doctorat.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

TABLE DES MATIÈRES

Page

Note liminaire 7

CHAPITRE I

Notions générales et aperçu historique

§ 1. Le principe de la séparation des pouvoirs, en théorie et en fait . . 9
§ 2. Aperçu historique du principe de la séparation des pouvoirs dans les diverses constitutions suisses 14
§ 3. Notion de la délégation législative 23

CHAPITRE II

Le problème de la délégation législative

§ 4. Nature juridique de la délégation législative 31
§ 5. Admissibilité juridique et limites de la délégation législative . . . 36
§ 6. Classification des lois délégatoires, la sous-délégation 41

CHAPITRE III

Les solutions adoptées par les autorités fédérales suisses en matière de délégation législative

§ 7. Particularités du processus législatif suisse 46
§ 8. Les formes juridiques de la délégation législative 50
§ 9. Le contenu et la portée de la délégation législative 60

Compléments

1. Quelques exemples de la législation déléguée du Conseil fédéral (législation de guerre) 74
2. La limitation des pouvoirs extraordinaires après la fin des hostilités 83

CHAPITRE IV

Questions particulières se rapportant à la délégation législative

§ 10. La sous-délégation 85
§ 11. L'examen par le juge 92
§ 12. De lege ferenda 100

Résumé et conclusion 102

Bibliographie sommaire 107

ABRÉVIATIONS

—

AF	Arrêté fédéral
ACF	Arrêté du Conseil fédéral
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
Const. féd.	Constitution fédérale du 29 mai 1874
LF	Loi fédérale
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943
RO	Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse

NOTE LIMINAIRE

Ayant eu l'occasion de consulter fréquemment des ouvrages tant de langue française qu'allemande, nous avons souvent regretté de ne pas trouver, dans les textes mêmes l'équivalent, dans l'autre idiome, de certains termes techniques dont l'auteur a usé. Nous avons par conséquent cru rendre service au lecteur en indiquant chaque fois que nous l'avons jugé nécessaire, le *mot allemand correspondant au terme technique français.* Cette manière de faire répond d'ailleurs a un vœu émis naguère par la conférence des facultés suisses de droit (cf. Cl. Du Pasquier: Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, 2e éd., p. XI, note 2).

En outre, en citant les nombreux arrêtés et autres décrets législatifs du Conseil fédéral, nous ne nous sommes forcément pas occupé de leur validité actuelle. Ils n'ont été mentionnés *qu'à titre d'exemples.* Tel est particulièrement le cas de ceux se rapportant à «*l'économie de guerre*» (cf. Compléments au chapitre III).

CHAPITRE I

Notions générales et aperçu historique

§ 1. Le principe de la séparation des pouvoirs en théorie et en fait.

Nos investigations sur la nature juridique de la délégation du pouvoir de légiférer touchent à un certain nombre de problèmes fondamentaux relatifs aux organes de l'Etat et à leurs attributions. Il n'est donc pas inutile de préciser avant toute chose le point de vue que nous adoptons à ce sujet.

La puissance publique quoique formant un tout indivisible se manifeste néanmoins par différentes «fonctions». Celles-ci résultent, par la nature des choses, de l'activité exercée par l'Etat en vue d'accomplir les tâches lui incombant.[1] Une certaine division du travail est ainsi nécessaire, d'où les divers organes spécialisés dont l'Etat doit être pourvu. Cette pluralité d'organes ne modifie toutefois en rien l'essence même de la puissance publique et ne signifie surtout pas qu'elle se dissolve en autant de «pouvoirs» juridiquement indépendants les uns des autres. Nous sommes ici en présence de fonctions et de différenciations fonctionnelles de la puissance publique, celle-ci demeurant malgré tout *indivisible.*

Ce problème a déjà été vu par *Aristote* (Politique, livre VI, ch. XI) qui a présenté une division tripartite de l'activité étatique. Mais ce fut *Montesquieu* qui, dans son «Esprit des lois» paru en 1748, en fit, quoique avec d'autres préoccupations de politique constitutionnelle, une doctrine de portée générale. C'est la division bien connue en «puissance législative», «puissance judiciaire» et «puissance exécutive».[2]

Il ne rentrait cependant pas dans les vues de Montesquieu d'ouvrir la voie à une théorie des fonctions de l'Etat, mais bien d'établir certaines délimitations dans l'exercice du *pouvoir politique.*

---

[1] *Jellinek:* Allg. Staatslehre, p. 610. *Merkl:* Allg. Verwaltungsrecht, p. 6.

[2] *Montesquieu:* De l'Esprit des lois, livre XI, chap. VI.

Pour cette raison, il ne suffisait pas de distinguer trois fonctions *objectivement séparées;* celles-ci devaient encore être *confiées à trois organes différents,* de sorte que chacun d'eux représente, à lui seul, une des fonctions de l'Etat. Le but à atteindre était une meilleure sauvegarde de la liberté des citoyens envers le pouvoir. A cet effet, les différentes «puissances» devaient s'équilibrer.[3]

Montesquieu reconnaissait en outre la nécessité d'une division tripartite *subjective* des pouvoirs, dont nous parlerons plus loin. Arrêtons-nous tout d'abord à la *séparation objective des pouvoirs,* puisque c'est d'elle qu'il vient d'être question.

La «*puissance législative*» ne doit être compétente que pour édicter des normes générales et abstraites, et non pour prendre des mesures particulières. Pour Montesquieu, cette fonction doit être confiée — dans l'idée d'une nouvelle séparation des pouvoirs — à deux chambres composées chacune différemment, à savoir au «*corps des nobles*» et «*au corps qui sera choisi pour représenter le peuple*». Il espère qu'une nouvelle limitation modératrice du pouvoir s'opérera ainsi.[4]

La «*puissance exécutive*» sera chargée des affaires étrangères et de la sécurité intérieure. Elle devra de préférence être confiée à une seule personne, le «Monarque». La question de savoir si Montesquieu voulait cantonner l'exécutif dans les limites très étroites de l'exécution des lois, peut donner lieu à discussion.[5] De toute façon, Montesquieu ne connaissait pas le «pouvoir réglementaire».

La «*puissance de juger*» comprend pour Montesquieu uniquement la justice pénale et civile, mais point la justice administrative.

Quant à la *séparation subjective* des pouvoirs, elle exige que les pouvoirs séparés objectivement soient en outre confiés chacun à un organe *subjectivement distinct* l'un de l'autre. C'est ce principe que Montesquieu est le premier à savoir posé, dépassant ainsi tous les philosophes s'étant occupés avant lui de la question et notamment Locke.[6] Toutefois, il ne méconnaissait aucunement les dangers qu'implique la séparation des pouvoirs. Celle-ci, étant destinée à empêcher la prépondérance d'une volonté unique, pourrait, en revanche, permettre à certains organes particuliers d'imposer leur volonté à tous les autres organes. Montesquieu croyait voir une garantie contre de telles tendances de domination des rouages particuliers dans un droit de veto accordé à l'exécutif et le droit d'examen du Juge sur les décrets du pouvoir législatif.

---

[3] *Duguit:* Traité de droit constitutionnel vol. II, p. 521. *Jellinek:* Allg. Staatslehre, p. 610.

[4] De l'Esprit des lois, livre XI, al. 30 et 31.

[5] *Duguit:* op. cit. p. 525. *C. Schmitt:* Verfassungslehre p. 185.

[6] *Jellinek:* Allg. Staatslehre p. 604.

Les théories de *J.-J. Rousseau* représentent en revanche l'opposé de celles de *Montesquieu*. En effet, ce dernier croit avoir trouvé la solution du problème grâce à la mise en pratique de *principes constitutionnels somme toute assez formels*, alors que J.-J. Rousseau, en mettant au premier plan l'idée de la souveraineté populaire, qui selon lui ne peut être représentée, se place d'emblée sur le terrain de la «*démocratisation*» du pouvoir. Tout gouvernement représentatif est ainsi exclu comme constituant un danger pour la liberté. C'est le peuple souverain qui détient à lui seul la volonté générale. Cette dernière crée la loi qui est à son tour souveraine. En revanche, Rousseau admet que les «actes particuliers» des autorités — par lesquels il faut probablement entendre les règlements et ordonnances — ne sont que de simples actes de puissance publique qui ne peuvent avoir le caractère de lois. La fonction judiciaire est, pour Rousseau, comprise dans l'exécutif.[7]

Il en résulte — si l'on admet sur ce point les idées de Rousseau — que le pouvoir exécutif est *subordonné* au pouvoir législatif [8], puisque ce dernier est l'expression de la volonté générale, alors que le pouvoir exécutif — le gouvernement — ne peut être qu'un pouvoir concédé. Rousseau s'écarte ainsi du principe de la séparation des pouvoirs de Montesquieu. Ce qui, pour ce dernier, formait des pouvoirs séparés, ne constitue, pour Rousseau, que des «émanations» de l'autorité souveraine.

Ces deux conceptions — séparation des pouvoirs et souveraineté populaire — ont, avec une troisième, celle des libertés individuelles fondamentales contenue dans la «*Declarations of Rights*» des Etats-Unis de l'Amérique du Nord. considérablement influencé la pensée constitutionnelle de l'ère démocratique.

On peut aisément suivre l'importance que revêt la synthèse des idées de Montesquieu et de Rousseau à travers toute constitution de l'époque contemporaine. Ainsi, la Constitution française du 3 septembre 1791, fait déjà sienne, d'une part, l'idée de la souveraineté populaire («La souveraineté. . . . appartient à la nation», article premier) et, contrairement, d'autre part, aux idées de Rousseau, admet le système représentatif. Aux fins de réduire cette contradiction, l'Assemblée nationale française fit une distinction extrêmement importante entre le *pouvoir constituant et le pouvoir législatif*. La théorie de la séparation des pouvoirs fut de ce fait placée sur une base nouvelle.

La théorie du pouvoir constituant (art. 2 de la Constitution française de 1791) a donné naissance au *principe de la suprématie de la Constitution*. Ce n'est plus le pouvoir législatif comme l'entendait

---

[7] Contrat social, livre III., chap. I.

[8] *Carré de Malberg:* La loi p. 6. *Redslob*, Staatstheorien pp. 224 et suiv.

Rousseau, mais uniquement le pouvoir constituant qui s'élève au-dessus des autres pouvoirs. Ce que les auteurs allemands appellent la *Kompetenz-Kompetenz*, c'est-à-dire le pouvoir de fixer sa propre compétence, passe du pouvoir législatif au pouvoir constituant.[9]

Cette tentative de faire entrer des théories politiques dans la pratique constitutionnelle en faisant appel au dit «pouvoir constituant» conduit à une fusion du dogme de la souveraineté populaire et du principe de la séparation des pouvoirs. Elle est devenue la pierre angulaire des théories constitutionnelles modernes des Etats démocratiques.

Un principe constitutionnel doit être apprécié dans le cadre de l'ensemble des préoccupations de leur auteur. L'idéal de Montesquieu était un système politique où la coordination des pouvoirs était toujours en équilibre, tandis que pour Rousseau tout résidait dans la suprématie du pouvoir législatif. Aucun des deux postulats n'a résisté aux faits. La position d'équilibre de Montesquieu s'est par la suite révélée comme un état ne pouvant être maintenu à la longue. Elle n'était, pratiquement, qu'un régime transitoire.[10] De même, la suprématie du pouvoir législatif dut se plier à la réalité. Dans nombre de pays, les exigences de la vie imposèrent une transformation du fonctionnement de la constitution sans que cette dernière eût subi cependant de modification formelle. Il se produisit ainsi un glissement insensible du poids politique vers l'un des trois pouvoirs, sous forme de «puissance de domination» (Carré de Malberg). Le rapport *statique* entre les trois différents pouvoirs demeura bien le principe, mais le rapport *dynamique* fut tantôt favorable à l'un, tantôt à l'autre.

Partant ainsi de situations de fait, nous distinguerons trois types essentiels d'Etats, à savoir:

a) l'Etat à prédominance effective de l'autorité législative,
b) l'Etat à prédominance effective de l'autorité juridictionnelle,
c) l'Etat à prédominance effective de l'autorité exécutive.

a) L'Etat à prédominance de l'autorité législative ne doit pas être confondu avec l'Etat régi par le droit (*Rechtsstaat* ou *Gesetzesstaat*). Un Etat où les trois pouvoirs de Montesquieu sont parfaitement équilibrés peut être un Etat régi par le droit *(Rechtsstaat)*, c'est-à-dire un Etat dans lequel la puissance de l'Etat est elle-même subordonnée à *l'ordre juridique* [11] tandis que l'Etat dont il est question ici est caractérisé par la suprématie du *pouvoir législatif* et non

---

[9] *Duguit:* Traité vol. II., p. 668. *C. Schmitt:* op. cit. pp. 77 et suiv.

[10] *Carré de Malberg:* Contribution à la théorie générale de l'Etat, vol. II, p. 95. *C. Schmid:* Legalität und Legitimität, p. 10.

[11] *Carré de Malberg:* Contribution à la théorie générale de l'Etat, vol. I, pp. 488-489.

seulement de la loi. Il représente une déformation de l'Etat organisé sur la base du principe de la séparation des pouvoirs et cela dans le sens de la doctrine de Rousseau. Dans l'idée de ce dernier, la suprématie du pouvoir législativ est motivée par le principe démocratique. Cela revient à justifier un principe d'organisation par un principe politique. Le cas extrême d'une telle évolution pourrait être qualifié de «démocratie absolutiste» ou de «*parlementocratie*» (aussi «gouvernement d'assemblée»).[12]

Si l'on consulte Carré de Malberg[13], on voit nettement combien l'évolution suivie par la France a conduit ce pays près d'une «parlementocratie». Avant la deuxième guerre mondiale, le parlement était non seulement un organe supérieur par rapport aux deux autres pouvoirs, mais un organe suprême, puisque même la revision de la constitution dépendait en fait de la volonté des deux chambres. Avec la suppression effective de la distinction entre le pouvoir constituant et la simple puissance législative, ou même avec la réduction de cette différence à un minimum, le parlement français possédait ainsi une véritable maîtrise sur la constitution. Cette évolution est encore bien plus marquée en ce qui concerne le parlement anglais que Carré de Malberg a pu qualifier de «tout puissant».[14] Dans un tel système, le pouvoir exécutif n'est qu'exécutant et *non plus gouvernement.* Il n'a plus de sphère autonome. Même là où il a des attributions constitutionnelles directes, elles deviennent indirectes par la prédominance qu'à su se créer le parlement. Le pouvoir législatif se transforme d'un *conseil de surveillance* en un *conseil de direction.*

b) L'Etat à prédominance de l'autorité juridictionnelle est un type d'Etat constitutionnel caractérisé par la suprématie du pouvoir judiciaire *(Government by judiciary).* L'exemple le plus connu nous est fourni par les Etats-Unis de l'Amérique du Nord. D'après les conceptions ayant cours dans ce pays, ce ne serait pas le pouvoir législatif qui serait à même d'être le gardien de la constitution, car il serait malgré tout un organisme politique, composé de partis. Cette charge ne pourrait donc être confiée qu'à une autorité qui serait au-dessus de tous les intérêts de partis, c'est-à-dire à un organe judiciaire. Cette conception a conduit à la «judicial review». Non seulement les lois, mais

---

[12] *Kelsen:* Vom Wesen und Wert der Demokratie, pp. 81 et suiv. Allg. Staatslehre, p. 259. *Treitschke:* Politik, vol. II, pp. 147 et suiv.

[13] *Carré de Malberg:* Contrib. à la th. gén. de l'Etat, vol. II, pp. 114 et suiv., 121 et surtout p. 140.

[14] Bien entendu, certaines fortes personnalités surent, par leur influence autoritaire, maîtriser le parlement. Que l'on pense à Gladstone ou, de nos jours, à Churchill.

également la constitution elle-même sont soumises, pour leur validité, à l'examen du juge.[15]

La présidence de Franklin D. Roosevelt démontre suffisamment à quelles situations inextricables peut conduire pareille déformation de l'Etat de droit lorsque — comme ce fut le cas pour le New Deal — des organisations étatiques avec de vastes ramifications doivent, de nombreuses années après leur création, être supprimées.

c) L'Etat à prédominance de l'autorité exécutive représente un type d'Etat constitutionnel où la séparation des pouvoirs existe à l'état statique, mais où le rapport dynamique a évolué en faveur de l'exécutif. La prééminence dont ce dernier jouit se manifeste par l'exercice d'attributions étendues, de fonctions complémentaires et tout spécialement dans des droits de collaboration importants à l'activité législative du parlement, comme par exemple l'initiative législative, le droit de sanctionner certaines lois ou même celui d'avoir recours au veto, etc. De plus, ce décalage dans l'attribution des pouvoirs peut se manifester par la prépondérance des règlements et ordonnances sur les lois au sens formel et par un pouvoir réglementaire très étendu exercé par l'exécutif, à savoir en vertu d'un texte formel de la constitution ou d'une interprétation extensive de celle-ci.

Finalement, la *délégation de la compétence législative* en faveur du pouvoir exécutif est, lorsqu'elle est accordée «par la voie législative», le signe que le poids politique s'est porté vers l'exécutif.

§ 2. Aperçu historique du principe de la séparation des pouvoirs dans les diverses constitutions suisses.

Les conceptions de philosophie constitutionnelle inspirées de la pensée de Montesquieu et de Rousseau — conceptions qui, nous venons de le voir, n'étaient pas exemptes de contradictions — ont, il va sans dire, également pénétré en Suisse. Elles se reflètent dans nos constitutions de 1848 et de 1874. C'est ainsi que l'idéologie politique de la période de codification a fortement subi l'influence tant du libéralisme que de l'idéal démocratique.

Le mouvement libéral créa dès les années 1820 environ un courant d'idées toujours plus favorable au principe de la séparation des pouvoirs qui avait été négligé dans le Pacte fédéral de 1815. Dans les cantons également, on exigeait une plus forte indépendance des Grands Conseils (Conseils législatifs) par rapport aux Petits Conseils (Conseils

---

[15] *Lambert:* Le gouvernement des juges, pp. 109 et suiv., p. 228 et suiv. *Triepel:* Staatsgerichtsbarkeit, pp. 15 et suiv.

exécutifs) ainsi qu'une séparation entre ces derniers et le pouvoir judiciaire.

Les revendications en faveur de la souveraineté populaire se firent également plus pressantes, notamment celles qui tendaient à une modification du système électoral dans le sens démocratique.[16] L'un des plus importants postulats de ce mouvement d'idées, connu sous le nom de *Régénération*, exigeait que non seulement le pouvoir législatif fût confié aux Grands Conseils en tant que représentants du peuple et fût ainsi rendu indépendant des Petits Conseils qui devaient se limiter à exercer le pouvoir exécutif, mais qu'en outre la juridiction fût également rendue indépendante et placée sur le même rang que l'exécutif.

Le pouvoir législatif devait, en sa qualité de véritable représentant du peuple, avoir la prépondérance sur les deux autres pouvoirs, ce qui, tout en nous rapprochant à certains égards du principe de la séparation des pouvoirs, nous en écarte cependant, ainsi que nous le verrons plus loin.

Ces idées politiques pénétrèrent dès 1830 dans la plupart des constitutions cantonales par la consécration du principe de la subordination des pouvoirs exécutif et judiciaire au pouvoir législatif.[17] L'on ne se contenta toutefois pas d'accorder aux Grands Conseils un droit de surveillance générale, mais on leur permettait encore de participer activement à certaines attributions administratives, telles que l'établissement du budget, l'approbation des comptes d'Etat, les décisions à prendre en matière d'emprunts et de dépenses publiques, et l'on élargit encore considérablement les domaines soumis à leur réglementation (droit de percevoir des impôts et autres taxes semblables).

A ces attributions débordantes s'ajouta une certaine *confusion subjective des pouvoirs.* Les membres du gouvernement étaient choisis par les députés eux-mêmes au sein du Grand Conseil (pouvoir législatif) où ils gardaient leur siège et leur voix.[18] Même les fonctions de juge et de membre du législatif (député) n'étaient pas déclarées incompatibles.[19]

Quant à notre *première Constitution fédérale* de l'année 1848, elle créa bien des organes indépendants pour chacune des sphères

---

[16] *Burckhardt:* Ueber Gewaltentrennung, p. 72.

Fleiner: Entstehung und Wandlung moderner Staatstheorien in der Schweiz, pp. 9 et suiv.

Martin: Histoire de la Suisse, éd. 1926, pp. 250 (in fine) et suiv.

[17] Par ex. *Const. Berne,* 1831, art. 3. *Const. Lucerne,* 1831, § 15.

[18] *Const. Berne,* 1831, art. 58. *Const. Lucerne,* 1831, § 43. *Const. St-Gall,* 1831, § 98. *Const. Argov.,* 1831, § 42. *Const. Vaud,* 1830, art. 14.

[19] Dans le canton de *Schaffhouse,* les membres de l'Appellationsgericht étaient choisis parmi le législatif. (Const. Cant., 1931, art. 58). De même *Thurgovie,* Const. cant., 1837, § 100.

d'activité des trois pouvoirs, mais ne statuait nulle part le principe de leur séparation. Les auteurs ne voulaient pas de cadres trop rigides, conscients qu'ils étaient que le nouveau système s'écarterait sur plus d'un point, des principes formels de Montesquieu.

C'est ainsi que ses articles 60 et 73 statuaient, sous l'influence des idées de Rousseau, une *suprématie très étendue du pouvoir législatif.* En vertu de ces dispositions, l'Assemblée fédérale devait exercer «l'Autorité suprême» et sa compétence s'étendre à toutes les affaires qui non seulement lui étaient expressément attribuées, mais également à toutes celles qui n'entraient pas dans la compétence d'une autre autorité. De ce fait, l'Assemblée fédérale devenait l'autorité politique la plus haute avec des attributions dépassant largement celles d'un pouvoir législatif. Ici apparaissent non seulement l'influence qu'exerçaient au temps de la Régénération les idées politiques de *J.-J. Rousseau,* mais également le prolongement historique de la Diète helvétique qui était à la fois autorité législative, administrative et judiciaire.[20]

L'article 74, chiffre 15, disposait que l'Assemblée fédérale était l'autorité de recours contre les décisions et les mesures prises par le Conseil fédéral. En fait d'*attributions administratives,* elle avait le droit de prendre des décisions dans le domaine des affaires étrangères (art. 74, chiffre 4), de conclure des alliances et des traités avec les puissances étrangères (art. 74, chiffre 5), de prendre les mesures appropriées pour la sauvegarde de la sûreté extérieure du pays, de maintenir l'indépendance et la neutralité de la Suisse, de déclarer la guerre, de conclure la paix (chiffre 6), de prendre les mesures pour faire respecter la Constitution fédérale et assurer la garantie des constitutions cantonales, l'accomplissement de devoirs fédératifs, et l'obligation de maintenir les droits garantis par la Confédération (chiffre 8), le droit de disposer de l'armée fédérale (chiffre 9), le droit de contracter des emprunts, de voter le budget et, enfin, celui d'approuver les comptes (chiffre 10).

Le Tribunal fédéral, qui venait d'être créé, n'avait pas les attributions nécessaires pour se prononcer sur les atteintes portées aux droits garantis par la Constitution. En effet, sa compétence était à ce sujet limitée aux cas dont l'Assemblée fédérale décidait de la saisir (art. 105). Ce cas ne s'est produit qu'une seule fois en 22 ans.[21] L'Assemblée fédérale était donc également Cour suprême de droit public.

---

[20] *Munzinger:* Studie über Bundesrecht, p. 91.

[21] *Ullmer:* Staatsrechtl. Praxis I, p. 367 et suiv., Message du Cons. féd. du 17 juin 1870.

Vingt-six ans se sont écoulés depuis cette première Constitution jusqu'à celle qui est en vigueur aujourd'hui. Durant ce quart de siècle, l'idée *démocratique* fit de nouveaux progrès. C'est ainsi que plusieurs constitutions cantonales ont admis les principes de démocratie pure du referendum législatif et de l'initiative populaire.[22] Les mêmes besoins se firent sentir sur le terrain fédéral, surtout du fait qu'entre-temps toute une série d'attributions cantonales avaient passé à la Confédération. Mais la pénétration des idées démocratiques dans le peuple progressa de pair avec le *libéralisme*. Or, ces deux tendances ne semblent pas toujours conciliables. En effet, la démocratie postule la soumission de la volonté individuelle à la volonté de la majorité, tandis que le libéralisme exige des libertés individuelles étendues, une sphère «hors Etat» aussi vaste que possible. Pour la Suisse, une certaine fusion des deux idées est néanmoins caractéristique. Elle se manifeste, d'une part, par la participation du citoyen à l'autorité publique, et, de l'autre, par l'affranchissement de toute immixtion de l'Etat. La solution ne pouvait par conséquent être trouvée que dans un compromis et c'est bien ce que représente la Constitution actuelle du 27 mai 1874 qui est caractérisée par une antinomie, à savoir: d'une part, la tendance à un *élargissement des droits du peuple*, d'autre part, celle d'une *limitation du pouvoir de l'Etat*.

Quant au principe de la *séparation des pouvoirs*, ni la Constitution de 1848, ni celle de 1874 ne l'ont érigé en une règle de droit positif. Une proposition faite en 1872 au Conseil des Etats par Fazy devait compléter l'article 71 de la Constitution par une disposition spécifiant que la législation fédérale devait appartenir aux deux chambres de l'Assemblée fédérale, le pouvoir exécutif au Conseil fédéral et le pouvoir judiciaire au Tribunal fédéral. Cette proposition fut rejetée. L'on objecta, au cours du débat, qu'elle ne correspondait pas à la réalité, le peuple participant également, dans une certaine mesure, à l'activité législative et le pouvoir exécutif n'étant pas uniquement entre les mains du Conseil fédéral, ni le pouvoir judiciaire seulement dans celles du Tribunal fédéral.

Les auteurs de la Constitution fédérale ne voulaient ainsi pas répéter les erreurs de plusieurs constitutions cantonales où le principe de la séparation des pouvoirs érigé en une règle de droit positif, n'avait en fait reçu qu'une application imparfaite.

L'article 71 de la Constitution fédérale actuelle est à lui seul déjà fortement en opposition avec le principe de la séparation des pouvoirs puisqu'il accorde à l'Assemblée fédérale l'exercice de «l'autorité suprême de la Confédération», ainsi que l'avait déjà proclamé la

---

[22] Cf. *Th. Curti:* Gesch. d. Schweiz. Volksgesetzgeb. 1885 et article «*Referendum*» et «*Initiative*» dans Handwörterbuch III/I, p. 438.

Constitution de 1848. Seules les réserves faites en faveur des droits du peuple et des cantons constituent une nouvelle conquête de l'idéal démocratique. Que l'attribution de cette compétence à l'autorité suprême soit considérée comme une règle de droit ou non, peu nous importe.[23] Le fait est qu'elle investit dans tous les cas l'Assemblée fédérale de l'ensemble des pouvoirs placés «dans le ressort de la Confédération et qui ne sont pas attribués à une autre autorité fédérale» (Const. féd. art. 84).

L'Assemblée fédérale n'est donc pas uniquement une autorité législative, elle est également une autorité administrative, voire judiciaire. Que le lecteur nous dispense d'énumérer dans le détail toutes ses attributions. Il nous est permis de renvoyer d'autant mieux aux commentaires et traités de droit public que nous nous bornons ici à examiner *la compétence législative* de l'Assemblée fédérale.[24]

L'accumulation de telles fonctions entre les mains de l'Assemblée fédérale montre bien la tendance de faire de notre Etat de droit un Etat à prépondérance de l'autorité législative décrit au paragraphe précédent. Toutefois, cette tendance ne s'est pas entièrement réalisée dans la Constitution fédérale actuelle où toute une série d'autres dispositions forment des contrepoids très importants.

Un de ceux-ci réside par exemple dans la situation laissée aux *cantons*. La présomption en faveur de la compétence de l'Assemblée fédérale contenue à l'article 84 de la Constitution fédérale ne s'étend qu'aux affaires fédérales. Lorsqu'il s'agit de savoir si une certaine affaire relève de la Confédération ou des cantons, c'est alors la *présomption légale inverse*, à savoir celle en faveur des cantons qui l'emporte.[25] En revanche, la Confédération possède la *Kompetenz-Kompetenz*, des auteurs de langue allemande, en d'autres termes: le pouvoir *(«die Macht»)* de déterminer sa propre compétence et cela même au détriment des cantons. Certes, ce pouvoir n'appartien pas à l'Assemblée fédérale seule — car il ne peut être exercé que par une revision de la Constitution — mais l'Assemblée fédérale peut, en réalité, au moyen d'une loi, étendre malgré tout, dans un cas particulier, ses attributions au détriment des cantons, puisque le Tribunal fédéral,

---

[23] Affirmativement *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 164; d'avis contraire: *Burckhardt:* Kommentar 639.

[24] Les attributions de l'Assemblée fédérale ne se limitent pas uniquement à celles qu'énumère à l'article 85, Const. féd., ce qui résulte déjà de l'expression «notamment» dont s'est servi le législateur. Une énumération très complète de toutes les attributions conférées avec le temps à l'Ass. féd. se trouve dans *Wolf:* Bundesgesetzgebung I, p. 33.

[25] *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 22. *Ruck:* Schweiz. Staatsrecht, p. 34. *Burckhardt:* Dans son commentaire rejette la présomption légale pour des raisons de technique juridique, p. 14.

même lorsqu'il siège comme cour de droit public, doit appliquer les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale. Des exemples de cet ordre sont en fait nombreux.[26]

La répartition constitutionnelle des attributions entre la Confédération et les cantons ne correspond pas, au demeurant, à des critères nettement délimités. L'article 6, du Code Civil, par exemple, permet aux cantons de régler, dans les limites où leur compétence législative a été maintenue, les mêmes rapports et les mêmes matières que le droit civil fédéral: «die gleichen Verhältnisse, die gleichen Gegenstände».[27] Il en résulte que les limites des attributions de la Confédération et des cantons sont pratiquement enchevêtrées.

Finalement, les attributions réservées par la Constitution à l'Assemblée fédérale se manifestent le plus souvent sur le *plan législatif* seulement. La terminologie juridique allemande parle alors de «konkurrierende Gesetzgebungskompetenzen».[28] Cette situation assez fréquente se présente lorsque la Confédération possède la compétence législative en vertu de pouvoirs qui lui sont conférés par la formule: «La Confédération à le droit de légiférer sur...». Dans ce cas, la compétence cantonale demeure, aussi longtemps que la Confédération ne fait pas usage de ses droits.

La tendance vers un Etat à prédominance de l'autorité législative pur est ainsi empêchée par le seul fait déjà de l'existence d'Etats confédérés dont les droits figurent dans la Constitution elle-même. Mais l'organisme des autorités fédérales contient lui-même des contrepoids très efficaces contre toute omnipotence de l'Assemblée fédérale.

Limitant notre étude aux rapports entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral, nous n'avons pas à examiner l'indépendance dans laquelle se trouve le Tribunal fédéral à l'égard de l'Assemblée fédérale.

Nous devons en revanche nous occuper de la situation du Conseil fédéral envers l'Assemblée fédérale telle qu'elle est caractérisée par l'article 95 de la Constitution en vertu duquel ledit Conseil est «l'autorité directoriale et exécutive supérieure de la Confédération». Il exerce également, comme l'Assemblée fédérale et sur le même pied qu'elle, de son propre droit, c'est-à-dire, en vertu de la Constitution, «l'autorité suprême».

La subordination du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale repose,

---

[26] Cf. entre autres publications, Zeitschrift für Schweiz. Recht. XXV., p. 390 et suiv.

[27] *Giacometti:* Rechtsgutachten 5. Cf. également *Merkl,* Kompetenzverteilung, p. 340 et suiv.

[28] *Streuli:* Die Kompetenzausscheidung, Thèse, Zurich 1922, pp. 70 et suiv.

selon Burckhardt [29], sur l'usage parlementaire, mais non sur le droit constitutionnel. «... Sie ist so gut» — dit-il — «wie das eigentliche System der parlamentarischen Regierung, ein politisches, das heisst tatsächliches, nicht ein rechtliches Verhältnis, und sie kann sich deshalb auch, ohne dass das Verfassungsrecht verletzt würde, ändern oder in ihr Gegenteil umkehren. Der Bundesrat, das hat sich namentlich in den ausserordentlichen Zeiten des Weltkrieges gezeigt, kann auch die Bundesversammlung leiten, und diese kann sich, bewusst oder unbewusst, von ihm leiten lassen. Auch dann gehen sie Hand in Hand.»

Il n'est guère possible de mieux caractériser la situation indépendante du Conseil fédéral.

Fleiner [30] ne s'exprime pas différemment lorsqu'il insiste sur le fait que ni le Conseil fédéral *in corpore*, ni chacun de ses membres, une fois élu, ne dépendent du vote de la majorité des deux Conseils ou du peuple. «Die Praxis — dit-il — und die Erweiterung der Bundeskompetenzen und des Bundesapparates haben den Bundesratsmitgliedern eine so gesicherte Stellung verschafft, dass der Bundesrat unabhängiger von der Bundesversammlung geworden ist und seinen politischen Einfluss auf sie verstärkt hat.»

Nous tenons encore à relever que le Conseil fédéral reste au pouvoir même dans les deux cas prévus pour la revision totale de la Constitution fédérale, lorsque les deux chambres de l'Assemblée fédérale doivent être renouvelées, conformément à l'article 120 de la Constitution.

Des attributions figurant à l'article 102 de la Constitution fédérale (dont l'énumération n'est pas limitative), seuls les chiffres 4, 5 et 16 se rapportent à la collaboration entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale, tandis que les autres représentent des attributions appartenant exclusivement au Conseil fédéral. Il est intéressant de noter, à ce sujet, que les attributions propres dévolues au Conseil fédéral en ce qui concerne la sûreté intérieure et extérieure de la Confédération, le maintien de la tranquillité et de l'ordre publique, ainsi que celui de son indépendance et de sa neutralité se couvrent avec celles de l'Assemblée fédérale (Const. féd., art. 85, ch. 6 et 7, art. 102, ch. 9 et 10). Ce sont précisément ces dispositions qui ont permis au Conseil fédéral de se créer, en matière de police, une compétence législative indépendante de l'Assemblée fédérale.[31] La première guerre mondiale

---

[29] *Burckhardt:* Kommentar, p. 640.

[30] *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 187.

[31] Nous pensons à la «selbständige Rechtsverordnungsbefugnis» des juristes de langue allemande dont il sera encore souvent question plus loin.

nous fournit à elle seule déjà toute une série d'arrêtés du Conseil fédéral édictés sur cette base, par exemple:

l'ordonnance du Conseil fédéral concernant la répression des outrages envers les peuples, chefs d'Etat et gouvernement étrangers, du 2 juillet 1915 (RO *31*, 223);

l'ACF sur le contrôle de la presse au cours des événements de guerre, du 27 juillet 1915 (RO *31*, 247);

l'ACF concernant les mesures à prendre par les gouvernements cantonaux pour le maintien de la tranquillité et de l'ordre, du 12 juillet 1918 (RO *34*, 777);

l'ordonnance du Conseil fédéral sur les mesures contre les atteintes à la sûreté intérieure de la Confédération, du 11 novembre 1918 (RO *34*, 1194).

Alors que ces arrêtés se fondent non seulement sur l'article 102, chiffres 9 et 10 de la Constitution fédérale, mais encore sur les pouvoirs extraordinaires accordés par l'arrêté fédéral du 3 août 1914 (RO *30*, 347), tel n'est plus le cas de la législation de police édictée plus tard par le Conseil fédéral de son propre chef. Nous ne citons comme exemples que les ordonnances des 1er août 1919 et 16 mars 1929, relatives aux manifestations communistes, l'interdiction du port d'uniformes étrangers du 20 août 1920 (RO *36*, 516) et celui du port d'uniformes de partis, du 12 mai 1933 (RO *49*, 315), ainsi que l'ordonnance relative au régime de la presse, du 23 mars 1934.

Sans vouloir nous occuper, dans ce chapitre déjà, des discussions juridiques auxquelles ont donné lieu ces arrêtés, nous tenons néanmoins à relever qu'ils illustrent au mieux non seulement la situation juridiquement indépendante du Conseil fédéral envers l'Assemblée fédérale, mais aussi jusqu'à quel point le Conseil fédéral est souvent, en matière législative, l'égal de l'Assemblée fédérale.

Nous voyons donc, par ce qui précède, que l'idée de l'Etat à prédominance de l'autorité législative (cf. page 12 ci-haut) n'a pas entièrement pénétré dans la pratique constitutionnelle suisse. La Confédération offre surtout les caractères d'un Etat régi par le droit, fondé sur la séparation des pouvoirs, ayant une juridiction indépendante du pouvoir législatif et un pouvoir exécutif légalement indépendant. Du point de vue politique, nous constatons un équilibre qui jouera en faveur tantôt de l'Assemblée fédérale, tantôt du Conseil fédéral. Une certaine suprématie de l'Assemblée fédérale existe, en revanche, dans le domaine de l'élection et de la surveillance des deux autres pouvoirs et du fait que les lois fédérales ne sont pas soumises au contrôle du Tribunal fédéral.

Les caractéristiques de l'Etat régi par le droit *(Rechtsstaatlichkeit)* apparaissent nettement dans le fait que la Confédération ne peut s'im-

miscer dans la sphère de la liberté individuelle *qu'en vertu d'une loi.*[32] Mais le terme «*loi*» est cependant utilisé dans deux sens différents, c'est-à-dire, d'une part, du point de vue formel, d'autre part, du point de vue matériel.[33] *La loi au sens formel* est la manifestation de volonté de l'Etat, manifestation qui a eu lieu selon une procédure rigoureusement prescrite («par la voie législative»). La forme est ici l'essentiel, tandis que le contenu ne doit pas nécessairement consister dans des règles de droit *(Rechtssätze)* seulement (il peut par exemple consister également dans des actes administratifs). Est *loi, au sens matériel,* en revanche, toute norme juridique *(Rechtsnorm)* pouvant revêtir indifféremment la forme d'une loi, d'une *ordonnance législative (Rechtsverordnung)*[34], d'une convention, d'un statut, d'un usage. Du point de vue matériel, il n'y a donc pas de distinction à faire entre la *loi* et *l'ordonnance.* Les différences qui peuvent exister quant au contenu ne portent en aucun cas sur la nature même de ces deux actes. En revanche, cette identité du point de vue matériel disparaît si nous examinons les aspects politiques, historiques ou philosophiques du problème. Car, en effet, la légitimité de la loi se fonde sur la volonté générale dont elle est censée être l'expression, alors que l'ordonnance tire sa légitimité de l'autorité gouvernementale.[35]

---

[32] Sur les critères de la «Rechtsstaatlichkeit», voir *Fleiner:* «Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts», pp. 131 et suiv. *O. Mayer:* Verwaltungsrecht, p. 169. *Kägi:* Entstehung des Gewaltentrennungsprinzips, pp. 198 et suiv. cf. également ATF 28 I 59, 355; 30 I 59, 338; 43 I 206.

[33] Ce n'est qu'avec l'Etat constitutionnel à séparation des pouvoirs et dans lequel, suivant le postulat de la souveraineté populaire, seul le peuple lui-même ou ses représentants responsables devant lui, sont habiles à légiférer, que la conception de la loi au sens formel fait son apparition. (*Jellinek,* Gesetz und Verordnung, *Carré de Malberg,* La loi, pp. 6 et suiv.).

[34] Nous avons adopté le terme d'«*ordonnance législative*» pour désigner les actes législatifs du pouvoir exécutif. Ce sont les *Rechtsverordnungen* des juristes de langue allemande. Nous appellerons «*ordonnances administratives*» celles qui ne créent pas des normes de droit, mais qui règlent simplement des questions internes de l'administration. Certains auteurs, comme par exemple *R. Bonnard* (Précis de droit administratif, p. 156) parlent de «*règlements juridiques*» et de «*règlements administratifs*», d'autres comme *Masnata* (La délégation de la compétence législative Thèse Lausanne 1942, p. 67), d'«*ordonnances juridiques*» et d'«*ordonnances administratives*». Nous estimons qu'il est préférable de qualifier les premières d'ordonnances «législatives» car le caractère créateur de règles de droit de l'organe qui les édicte est ainsi mieux mis en évidence. Cette terminologie a d'ailleurs été adoptée également par le Conseil fédéral, dans son rapport à l'Assemblée fédérale sur l'initiative pour l'extension de la juridiction constitutionnelle (revision de l'article 113 de la Constitution fédérale) du 17 septembre 1937.

[35] *Triepel:* Empfiehlt es sich, in der Reichsverfassung neue Vorschriften über die Grenze zwischen Gesetz und Rechtsverordnung aufzunehmen? (Verhandlungen des 32. deutschen Juristentages 1921), 1922, p. 15. *Carré de Malberg,* Théorie générale de l'Etat, vol. I, p. 350.

Marti: Das Verordnungsrecht des Bundesrates, p. 86 et suiv. (chez cet auteur le problème se trouve exposé de manière très complète).

En droit constitutionnel fédéral, seule l'Assemblée fédérale peut édicter des lois au sens formel (Const. féd. art. 85, ch. 2), que ce soit sous forme de loi ou d'un arrêté fédéral de portée générale.[36] Toutefois, la voie compliquée et longue par laquelle doit passer l'élaboration de la loi au sein d'assemblées aussi hétéroclites que le sont les parlements ne permettrait pas de tenir compte, jusque dans les moindres détails, des nombreuses exigences de la vie moderne, ni de venir à bout, de cette façon, des situations changeantes et diverses de la réalité sociale.

Les nécessités pratiques ont par conséquent conduit à une solution plus simple, plus rapide et mieux adaptée aux circonstances. Dans l'ancienne Rome républicaine déjà, nous trouvons à côté des «leges» issues du Sénat et des votations populaires, *le droit prétorien* qui convenait mieux aux besoins de la vie. C'est ainsi que, de nos jours, une procédure législative plus rapide grâce à la «*délégation du droit de légiférer*» accordée à d'autres autorités a vu le jour.

Il nous appartient maintenant d'examiner plus en détail ce qu'est, du point de vue juridique, cette «délégation».

§ 3. Notion de la délégation législative

Le vocable «délégation» nous vient du droit civil romain[37] où il signifie «assignation». Une personne, le déléguant, autorise (jubet, vult, permittit, mandat) d'une part le délégataire à se faire payer une somme d'argent ou promettre une autre prestation par un tiers appelé le délégué et donne, d'autre part, pleins pouvoirs à ce tiers de fournir, pour le compte du déléguant, la prestation ou la somme d'argent au délégataire.[38]

La délégation constitue donc originairement une double autorisation et correspond en somme à *l'assignation* des articles 466 et suivants du Code fédéral des obligations. En droit romain, les pleins pouvoirs (l'autorisation) accordés par le déléguant pouvaient se fonder sur un mandat ou non. Dans ce dernier cas, de nouveaux rapports de droit ne naissaient que s'il était *volontairement* donné suite par le délégataire et le délégué à la situation créée par la volonté du déléguant. Toutefois, les pleins pouvoirs pouvaient également résulter d'un mandat, ce qui *obligeait* la personne à laquelle ils étaient accordés.

En droit public, le terme «délégation» est devenu usuel pour désigner l'attribution d'une fonction à une autorité dans un domaine

---

[36] *Burckhardt:* Kommentar, pp. 665 et suiv. *Ruck:* Schweiz. Staatsrecht, pp. 118 et suiv.

[37] D 46, 2. C 8, 41: de novationibus et delegationibus.

[38] *Baron:* Pandekten § 307. *Wintscheid:* Pandekten §§ 412, 383. *Vangerow:* Pandekten §§ 616, 663, 639.

qui ne lui appartient pas en propre. Aussi parle-t-on en allemand de «Zuweisung», «Ermächtigung», «Uebertragung», en français de «transférer le pouvoir», «déléguer l'exercice des droits».[39]

En ce qui concerne spécialement la délégation législative, nous trouvons chez les auteurs allemands l'expression «Delegation der gesetzgebenden Gewalt» [40], «Uebertragung von Gesetzgebungsrecht» [41], «Abwälzung der Rechtssetzung» [42]; chez les auteurs français celle de «délégation législative», «déléguer l'exercice du pouvoir législatif», «transférer l'autorité législative».[43]

Or, il est fréquent, et c'est chose bien naturelle, que l'usage d'une expression désignant une institution juridique donnée, reflète à lui seul déjà les vues personnelles de celui qui s'en sert. Il est par conséquent indispensable, dans l'analyse d'une notion juridique, de ne pas s'attacher uniquement à l'expression elle-même, mais de l'examiner à la lumière des faits qu'elle représente.

Aussi nous en tiendrons-nous, puisque c'est là notre sujet, aux *faits* juridiques se rapportant à la délégation législative, car l'expression toute générale de «délégation» est employée de manière très diverse.

Le processus de création du droit *(Rechtserzeugungsprozess)* réside dans le fait que des injonctions et des dispositions générales possèdent le caractère juridique obligatoire parce qu'elles ont été élaborées suivant une procédure prévue par le droit positif.[44]

L'ensemble des conditions juridiques nécessaires pour que l'injection émanant d'une autorité donnée ait force obligatoire — ou, si l'on veut, la somme des conditions requises pour la création du droit — détermine la compétence appartenant à cette autorité.[45]

Il ne faut toutefois pas perdre de vue que l'accomplissement de l'acte législatif constitue en fait *une fonction organique composée,* dont chacune des parties composantes a un contenu différent. Si nous prenons comme exemple la Constitution fédérale, nous constatons que le processus législatif présente les phases suivantes:

a) la proposition d'une initiative. Elle appartient, conformément aux articles 93 et 102, chiffre 4 de la Constitution fédérale, aux deux chambres, à chaque canton et au Conseil fédéral;

---

[39] Cf. *Kuhne* Das Problem der Delegation und Subdelegation von Kompetenzen der Staatsorgane. Thèse Zurich 1941, p. 12.

[40] *Ruck:* Staatsrecht, p. 122.

[41] Verhandlungen des 32. deutschen Juristentages, p. 53.

[42] *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 414.

[43] *Tingstén:* Les pleins pouvoirs, pp. 31, 37 et les auteurs qu'il cite.

[44] *Kelsen:* Staatslehre, pp. 249 et suiv.

[45] Cf. *Burckhardt:* Methode und System des Rechts, pp. 96 et 132.

b) *l'accord des deux chambres* délibérant séparément (Const. féd. art. 92), conformément aux articles 89, 1er alinéa de la Constitution fédérale;

c) *l'établissement de l'acte:* La chancellerie fédérale établit l'acte original qui est signé, au nom de l'Assemblée fédérale, par les présidents et les secrétaires des deux chambres, avec l'indication de la date de l'acceptation. Communication est ensuite faite au Conseil fédéral aux fins de publication et d'exécution (art. 32 de la loi fédérale du 9 octobre 1902, sur les rapports entre le Conseil national, le Conseil des Etats et le Conseil fédéral, ainsi que sur la forme de la promulgation et de la publication des lois et arrêtés);

d) *promulgation:* Déclaration du Conseil fédéral [46] attestant qu'aucune demande de referendum n'a été valablement déposée ou que la loi a été acceptée en votation populaire;

e) *publication* dans les recueils officiels et exécution.

Or, ces stades forment des actes partiels, dont seul l'ensemble constitue l'accomplissement de l'acte législatif. Il en est de même des organes qui y collaborent, ceux-ci n'étant que les organes partiels d'un *organe composé*, à savoir l'organe législatif. Il n'est par conséquent pas rigoureusement exact de qualifier l'Assemblée fédérale à elle seule d'organe législatif [47], car l'exécutif est, en sa qualité d'organe partiel de l'organe composé de la création du droit, sur le même rang que le parlement. Mais il est encore, pour ainsi dire en une union personnelle avec celui-ci, *autorité exécutive.* A ce titre il est *organe auxiliaire* du parlement et peut recevoir des instructions spéciales et des ordres de ce dernier, instructions et ordres qui peuvent revêtir la forme d'une prétendue «délégation».

Si nous voulons nous rendre compte ce qu'une telle «délégation» signifie du point de vue juridique, nous devons tout d'abord nous demander *si l'exécutif devient par là législateur.*

A notre avis cette question doit être résolue par la négative, car:

1° s'il était vrai que la délégation ne fasse que transmettre la compétence de l'organe déléguant à l'organe délégué, le premier ne pourrait alors plus légiférer dans le cadre de la compétence déléguée. Tel n'est indiscutablement pas le cas. Le parlement ne se *défait* nullement de la compétence législative, il conserve incontestablement le pouvoir de légiférer dans les matières délé-

---

[46] Les lois constitutionnelles sont soumises à la promulgation par l'Assemblée fédérale.

[47] *Kelsen:* Staatslehre, p. 283. *Merkl:* Verwaltungsrecht, p. 9 à 10.

guées. Il peut aussi, comme s'il s'agissait d'une loi ordinaire, modifier ou même abroger la délégation.[48]

Ce n'est donc pas la compétence elle-même, dont le contenu ne subit aucune atteinte, qui est déléguée, mais tout au plus l'exercice d'une certaine activité s'y rapportant. Toutefois même cela n'est pas certain non plus, car:

2° l'organe délégué, à savoir le pouvoir exécutif, ne peut en aucun cas édicter une loi au *sens formel* (aucune délégation ne pourrait d'ailleurs lui conférer un tel droit). Il ne peut, en vertu d'une délégation, qu'édicter des *ordonnances*, ce qui ne signifie cependant pas qu'il soit par là investi du pouvoir d'édicter *de son propre droit* des ordonnances *(selbständige Verordnungsgewalt)*. Il ne possède qu'un pouvoir indirect ou dérivé *(unselbständiges Verordnungsrecht)*. L'exécutif ne crée par conséquent, en vertu de la délégation, aucun droit au sens formel, et, au sens matériel, seulement un droit d'un ordre inférieur que l'on pourrait qualifier de «droit secondaire» ou de «droit dérivé».[49]

3° Le caractère de ce pouvoir limité se manifeste encore d'une autre manière. Le pouvoir déléguant peut se réserver le droit *d'approuver* les ordonnances qui seront promulguées, par quoi il détermine également, d'une façon détournée, leur contenu.[50] Mais lors même qu'il n'agirait pas ainsi, il garde le droit de surveiller l'usage fait du pouvoir d'édicter des ordonnances.[51]

4° En outre, l'ordonnance émanant du pouvoir exécutif en vertu de la délégation est, *du point de vue formel, purement un acte d'administration*. Cela est clair, car les actes par lesquels une autorité administrative crée des règles de droit demeurent, malgré tout, *formellement* des actes d'administration, à savoir des actes d'administration qui, édictés pour exécuter une règle de droit qui leur est supérieure (règle primaire), en créent une d'un rang inférieur

---

[48] *Ruck:* Verwaltungsrecht, vol. 1, p. 62, *Burckhardt:* Kommentar, p. 667. *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 218.

[49] *Merkl:* Verwaltungsrecht, p. 175, et 182. *Ruck:* Verwaltungsrecht, vol. I, p. 28 et 62.

[50] *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 166. *Guhl:* Bundesgesetz, Bundesbeschluss und Verordnung, p. 90. *Giacometti:* Ueber das Rechtsverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaat (Festgabe Fleiner 1927), p. 391. Egalement *Burckhardt:* Kommentar, p. 667, mais cet auteur n'examine pas la question de l'approbation tacite. La délégation munie de la réserve d'approbation existe dans une série d'arrêtés fédéraux anciens et récents. Nous ne faisons que citer parmi ces derniers la Loi fédérale sur la Banque nationale de 1905 (art. 56) et de 1921 (art. 63).

[51] *Bosshardt:* Die parlamentarische Kontrolle, p. 63. *Ruck:* Verwaltungsrecht I, p. 62. *Burckhardt:* Kommentar, p. 695, mais voyez l'AF du 3 août 1914 où l'Ass. féd. prévoit expressément que le Conseil fédéral doit faire rapport sur les mesures prises par délégation (art. 5). (*RO* 30, 347).

(règle secondaire) de laquelle naîtront à leur tour des obligations et des droits.[52]

5° Il en résulte que la portée des ordonnances législatives *(Rechtsverordnungen)* peut être *examinée* par tout juge et tout fonctionnaire qui les applique. Elles ne peuvent créer du droit qu'*intra legem.*[53]

Nous devons ainsi logiquement conclure que même dans l'exercice de l'activité législative qui lui est déléguée, l'exécutif demeure l'organe mettant simplement en œuvre la volonté législative du parlement. Il demeure, même dans ce cas, un *organe exécutif* qui ne crée aucun droit originaire, mais exerce son activité sous les auspices et sous le contrôle du parlement. Son œuvre législative produite dans de telles conditions peut, ainsi que nous venons de le voir, être même examinée, quant à savoir si elle ne dépasse pas la volonté de l'autorité législative, par toute autorité judiciaire ou administrative.

La théorie selon laquelle la délégation du droit de légiférer confère au pouvoir exécutif des attributions proprement législatives est ainsi réfutée. Elle repose sur une erreur de logique, car elle omet de voir que, même dans l'activité qui lui a été déléguée, l'exécutif n'accomplit juridiquement que des *actes administratifs* et non législatifs. En tant que ces actes impliquent *matériellement* de véritables règles de droit de portée générale, ces dernières découlent non de la volonté de l'exécutif, mais exclusivement de la *volonté législative du parlement* telle qu'elle est exprimée dans la loi de délégation.

Il ne saurait donc être question d'un «*décalage de compétence*» *(Kompetenzverschiebung)*.[54] Nous devons cependant discuter encore sur ce point les théories émises par le professeur *Giacometti* et notamment par son élève *M. Kuhne.*

Kuhne part de la notion de compétence d'un organe de la puissance publique pour montrer «wo und woran Delegation und Subdelegation manipuliert werden.»[55] Il arrive tout d'abord à la conception suivante de la compétence:

«Die Organkompetenz ist eine im Wesen bestimmte, im gegenständlichen Bezogenheitsbereich begrenzte und in der einheitlichen Funktionsordnung auf eine bestimmte Rangstufe fixierte Funktion.»[56]

---

[52] *Ruck:* Verwaltungsrecht, vol. I., p. 60. *Merkl:* op. cit., pp. 175, 183.

[53] *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 416. *Burckhardt:* Kommentar 789. *Ruck:* Verwaltungsrecht, p. 64. ATF, 51 I 450; 53 I 433.

[54] *Giacometti:* Ueber Rechtsverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaat (Festgabe Fleiner 1927), p. 387. Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation, pp. 25 et 32. Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, p. 63. *Kuhne:* op. cit., pp. 16 et suiv., 38 et suiv.

[55] *Kuhne:* op. cit., p. 29.

[56] *Kuhne:* op. cit., p. 28/29.

Cette définition est avant tout un postulat qui, comme tel, ne tient pas suffisamment compte tant du droit constitutionnel que de la pratique constitutionnelle suisse. Si nous prenons la Constitution fédérale comme exemple, l'Assemblée fédérale devrait posséder la compétence législative comme une «im Wesen bestimmte Organkompetenz». Mais l'Assemblée fédérale est beaucoup plus que cela. Elle est investie, en vertu de l'article 71 de notre Constitution, de l'«autorité suprême de la Confédération», ce qui est logiquement en opposition avec l'exercice d'un seul pouvoir, à savoir du porvoir législatif. Mais son «gegenständlicher Bezogenheitsbereich» n'est également pas limité, car la Confédération, dont elle exerce le pouvoir suprême, possède incontestablement la «Kompetenz-Kompetenz», donc le contraire du «gegenständlich begrenzter Bezogenheitsbereich». Bien que l'Assemblée fédérale exerce l'autorité suprême sous réserve des droits du peuple et des cantons, il n'existe aucune autorité investie du droit d'examiner la validité des lois ou des arrêtés fédéraux de portée générale édictés par la dite Assemblée (Const. féd. art. 113).

Fixer en outre la compétence de l'organe «auf eine bestimmte Rangstufe in der einheitlichen Funktionenordnung» est également bien plus un postulat que l'expression de notre droit public. Les fonctions du pouvoir législatif, comme celles de l'exécutif et du judiciaire, sont placées, d'après notre Constitution, sur le même rang. Aucune n'est *en principe* subordonnée à l'autre. Ni l'Assemblée fédérale ni le Conseil fédéral ne peuvent, par exemple, s'immiscer dans l'activité judiciaire du Tribunal fédéral (art. 21 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale du 16 décembre 1943). Le Conseil fédéral n'a également pas, en sa qualité «*d'autorité directoriale et exécutive supérieure* de la Confédération», d'autorité placée au-dessus de lui, par exemple, l'Assemblée fédérale. Il est, dans ses fonctions originaires, ainsi que nous l'avons déjà relevé au § 2, en *principe* sur le même pied que l'Assemblée fédérale.

Il n'est pas possible d'arriver à une notion satisfaisante de la délégation de la compétence législative en partant, comme le fait Kuhne, d'une définition qui ne correspond pas aux faits, mais représente ces derniers comme ils devraient être, surtout lorsqu'il s'agit d'un organe dont le rôle est *double*. Nous avons en effet déjà démontré précédemment combien, dans l'appareil législatif, pouvoir législatif et pouvoir exécutif collaborent organiquement, bien qu'en tant qu'organes ils possèdent chacun, en principe, une situation différente. Dans cet appareil, le processus créateur du droit, «la voie législative», suit d'une façon générale la marche que voici: le gouvernement élabore le projet de loi, le parlement, par l'accord des deux chambres, en établit

la teneur définitive. Le gouvernement est en outre autorité d'exécution et celle qui édicte les règlements et ordonnances d'exécution.

Or, plus la spécialisation d'une loi sera poussée, moins l'activité laissée à la réglementation par voie d'ordonnances ou de règlements des organes d'exécution sera grande. Mais la loi peut aussi ne contenir qu'un minimum de normes générales et abandonner à l'activité réglementaire des organes d'exécution une place d'autant plus grande. La marge ainsi accordée par la loi à l'organe compétent pour édicter les règlements et ordonnances d'exécution, peut présenter, selon les circonstances, les plus grandes différences *quantitatives*, qu'il faut néanmoins prendre soin de ne pas considérer comme qualitatives.[57]

Il est par conséquent erroné d'admettre, comme le fait Kuhne, que la délégation constitue une «weitere organisatorische Differenzierung der durch die Verfassung funktionell und organisatorisch differenzierten Staatstätigkeit» et ceci «insofern ebenfalls die Schaffung eines begrenzten Organkompetenzbereiches».[58] Cette façon de raisonner introduit dans la définition des concepts qui sont ensuite repris sous forme déductive dans la conclusion basée sur cette définition. Cela se voit en outre lorsque Kuhne affirme «dass soweit der Akt des Verfassungsgesetzgebers organisatorische Differenzierung ist, die Delegation in ihrem vollen Umfange ihm wesensgleich ist».

Comme le domaine de ce qui est réservé à la loi et de ce qui l'est au règlement d'exécution n'est pas constitutionnellement délimité d'après le contenu de ces actes et pourrait d'ailleurs difficilement l'être d'une manière rigide, il en résulte que la «*marge*» *laissée par la loi à l'organe investi du pouvoir d'édicter les règlements et ordonnances*, n'est pas une «weitere organisatorische Differenzierung der durch die Verfassung funktionell und organisatorisch differenzierten Staatstätigkeit». C'est une question se rapportant à la division du travail de savoir jusqu'à quel point l'organe législatif devra régler les détails d'une loi ou remettre ce soin à l'organe exécutif. Ce que l'on qualifie improprement de «délégation législative» est donc la *marge laissée par le législateur à l'organe exécutif, marge dans les limites de laquelle l'organe exécutif devra procéder à la spécification et à la concrétisation de la norme générale promulguée par le législateur avec l'invitation formelle de compléter cette marge.* Cet état de choses apparaît clairement déjà dans la formule «...est chargé de l'exécution de la présente loi...».

Or, l'activité consistant à mettre en œuvre une telle formule appartient essentiellement aux organes exécutifs. Le processus de création du

---

[57] *Merkl:* Verwaltungsrecht, p. 183. *Kelsen:* p. 119, semble également admettre ce point de vue.

[58] *Kuhne:* op. cit., p. 34/35.

droit *(Rechtserzeugungsprozess)* est à tous ses degrés une concrétisation continue de normes relativement abstraites, un développement graduel qui va du général au particulier. Toute clause d'exécution contient l'«autorisation» tacite permettant de telles concrétisations *complémentaires de la loi.* Tout règlement d'exécution, même celui au contenu le plus pauvre, répond à cette nécessité.

Or, de même que la limite entre l'abstrait et le concret est flottante, la marge de latitude laissée à l'organe d'exécution peut dans certains cas être si large que les ordonnances édictées par cet organe peuvent offrir les caractères de véritables décrets suppléant la loi *(gesetzesvertretender Erlass)* ou même la modifiant *(gesetzesändernder Erlass).* Mais même dans de tels cas il serait faux de prétendre qu'il y ait un décalage de compétence *(Kompetenzverschiebung).* Non seulement il ne serait guère possible de dire où celui-ci commence, mais aussi et surtout aucune loi n'a en l'espèce pris naissance. La force obligatoire des règles de droit contenues dans les ordonnances législatives *(Rechtsverordnungen)* découle en effet non pas de la volonté du pouvoir exécutif, mais de celle du législateur. L'organe qui édicte une ordonnance législative ne fait ainsi qu'exécuter cette volonté supérieure à la sienne. S'il ne se conforme pas à cette dernière, le décret en cause sera entaché de nullité dans la mesure où il outrepasse ladite volonté et ne liera, à cet égard, aucun juge, ni aucun fonctionnaire, ni n'obligera aucune personne privée.

Il va sans dire que *pour accomplir la volonté du législateur*, point n'est besoin d'un «décalage de compétence» *(Kompetenzverschiebung)* en faveur de l'autorité exécutive. La tâche essentielle dévolue à la dite autorité par la constitution, et qui forme le domaine d'attributions lui appartenant en propre est précisément *l'exécution.*

CHAPITRE II

Le problème de la délégation législative

§ 4. Nature juridique de la délégation législative

Si l'on admet la théorie selon laquelle la délégation législative ou même toute délégation constitue un décalage de compétence en faveur de l'autorité qui bénéficie de la délégation *(Kompetenzverschiebung)*, les problèmes de la nature juridique et de l'admissibilité de cette opération sont en fait tranchés d'avance. En effet, en raisonnant de cette manière, la définition adoptée contient déjà implicitement la réponse à la question posée, puisque le problème est alors de savoir si un organe de la puissance publique peut, par un décalage de sa propre compétence, modifier l'ordre constitutionnel d'un Etat. Or, ce problème de pure logique juridique se résout de lui-même car, si un organe de la puissance publique avait le pouvoir de modifier à son gré sa propre compétence, ou, en d'autres termes, de disposer librement des limites de celle-ci, on ne pourrait alors plus parler d'une «compétence» car celle-ci implique que l'organe ne possède qu'un pouvoir limité à un certain domaine. Mais la constitution d'un Etat peut, sans même se préoccuper de telles conceptions purement théoriques, prévoir l'octroi de délégations. Si le droit positif s'est effectivement prononcé dans ce sens, la pratique de la délégation est bien entendu valable même si elle ne répond pas à certains postulats de pure logique et alors même qu'elle ne correspond pas absolument au principe de la séparation des pouvoirs. Celui-ci ne serait en opposition avec la théorie selon laquelle la délégation est un décalage de compétence en faveur du pouvoir exécutif, que dans le cas d'une constitution fondée sur une rigoureuse séparation des pouvoirs. Or, une telle constitution n'existe, semble-t-il, dans aucun pays. Dans aucun Etat, remarque Anschütz [1], le pouvoir législatif n'est exclusivement attaché à un organe déterminé,

---

[1] *Anschütz:* Kritische Studien, p. 2, cf. également l'ouvrage de *Jellinek:* Staatslehre, p. 608. *Merkl:* Verwaltungsrecht, p. 236.

comme d'ailleurs l'organe législatif n'est également pas investi de la seule compétence d'édicter des lois.[2]

Postulats théoriques et réalités sont précisément deux choses souvent bien différentes. Nous avons déjà exposé au chapitre premier que les dogmes politiques ayant cours à l'époque où notre Constitution fédérale fut élaborée n'ont également pas été réalisés tels quels dans celle-ci. Par la suite nous verrons encore que le droit constitutionnel et la notion d'Etat sont dans le même rapport de «postulat et réalité» et ne se couvrent ainsi pas absolument.

Or, ces difficultés n'existent pas avec notre conception de la délégation. Cette dernière n'étant de notre point de vue pas un «décalage de compétence» *(Kompetenzverschiebung)*, elle ne conduit ainsi à aucun conflit ni avec les délimitations d'attributions de compétence établies par la Constitution, ni avec les principes de la séparation des pouvoirs. Selon notre manière de voir, la délégation est une *phase du processus de la création du droit, processus évoluant successivement du général au particulier.* Elle constitue ainsi une *mesure du législateur qui, en élaborant la norme générale qu'il édicte, laisse une certaine marge à l'autorité exécutive, marge à l'intérieur de laquelle cette autorité doit, par voie de règlements (ou ordonnances), spécifier et concrétiser la dite norme.*

L'illusion d'une transmission de compétence (Kompetenzüberwälzung) provient simplement de ce que l'organe exécutif se trouve être investi du pouvoir de créer également du droit au sens matériel, mais *sous forme de règlements (ou d'ordonnances)* — caractère purement extérieur — et d'accomplir ainsi une activité semblable à celle du législateur. Mais l'opposition entre la loi et l'ordonnance n'est que *d'ordre purement formel.*[3] Cela résulte du *fait indiscutable* que les deux décrets peuvent avoir le *même contenu. La règle de droit,* dans le sens *d'une règle liée d'une façon abstraite à une situation de fait également abstraite,* règle *dont l'observation est garantie par l'autorité de l'Etat,* n'est pas un critère matériel suffisant pour distinguer la loi de l'ordonnance. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les diverses constitutions n'ont pas confié la compétence d'édicter des règles de droit exclusivement à un organe déterminé.

---

[2] Cette affirmation est juste pour l'Etat considéré comme un tout. Mais certains Etats confédérés réservent exclusivement au pouvoir législatif la compétence d'établir des normes juridiques. *Giacometti* (Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation), p. 4, cite comme exemple les anciennes constitutions bavaroise, badoise, hessoise et celle du canton d'Uri.

[3] Voir dans *Anschütz:* Kritische Studien zur Lehre von Rechtssatz und formellen Gesetzen (p. 30 et suiv.), la description et la critique des notions de la règle de droit au sens *matériel (Zorn, Martitz, Hänel)* et de ceux de la loi au sens *formel (G. Meyer, Laband, Seligmann, Jellinek).*

Si l'on admet d'une façon générale que les règles de droit sont édictées par le «législateur» et que leur application est laissée à l'autorité administrative, sans que les dispositions d'exécution émanant de cette dernière possèdent les caractères de normes juridiques issues d'une activité proprement législative, il n'en résulte pas moins que la distinction ainsi faite ne constitue qu'un critère d'ordre *scientifique* et ne repose pas sur une prescription de droit positif. Or, il est absolument erroné, lorsque l'on détermine le domaine de l'activité juridique d'une autorité, de se demander si cette autorité peut légiférer. La tâche de l'Etat n'est pas seulement de procéder à l'acte législatif en lui-même. L'activité législative est bien plus un *moyen*, à côté d'autres, qui permet à l'Etat de remplir les tâches lui incombant. Il n'existe cependant aucun «monopole constitutionnel» de ces moyens — si l'on nous permet cette tournure — en ce sens qu'un seul organe détiendrait le pouvoir de légiférer. La structure des pouvoirs est telle dans l'Etat moderne que tant le pouvoir législatif que le pouvoir exécutif sont les organes d'exécution de la Constitution. Le pouvoir législatif crée les lois d'exécution de la Constitution, tandis que le pouvoir exécutif édicte les ordonnances d'exécution relatives aux lois élaborées par le pouvoir législatif et peut encore être investi de fonctions exécutives pour certaines dispositions constitutionnelles.

Toutefois, le principe de la séparation des pouvoirs qui, comme nous l'avons déjà noté, doit empêcher l'arbitraire et les empiètements de l'administration, peut néanmois être sauvegardé puisque, comme nous le savons, les ordonnances législatives *(Rechtsverordnungen)* que l'autorité exécutive *ne peut édicter de son propre droit*[4], doivent se fonder sur une délégation et ne peuvent être édictées qu'au nom et sous le contrôle du pouvoir législatif. Tout dépassement des directives reçues enlève à ces ordonnances leur validité et leurs effets.

Tandis que, dans l'établissement de ses normes, le pouvoir législatif est libre en tant qu'il observe les limites de la Constitution, il n'en va pas de même du pouvoir exécutif qui demeure, dans ce domaine, *l'exécuteur responsable d'une volonté qui lui est étrangère*, à savoir la volonté du législateur. Comme le gouvernement est *constitutionnellement et déjà en vertu de ses fonctions un organe d'exécution* possédant comme tel implicitement aussi le pouvoir de promulguer des ordonnances, il en résulte que la portée de ces dernières dépend, dans chaque cas particulier, de la marge de latitude que lui laisse le

---

[4] Les ordonnances législatives ne pouvant être édictées de son propre droit par l'autorité exécutive, forment, selon la terminologie allemande, les «*unselbständige Rechtsverordnungen*». Nous les appellerons par la suite «*ordonnances législatives fondées sur une compétence indirecte*» par opposition aux «*ordonnances législatives fondées sur une compétence directe*» qui correspondent aux «*selbständige Rechtsverordnungen*» de la terminologie allemande.

pouvoir législatif. Savoir jusqu'à quel point le pouvoir exécutif peut, à l'intérieur de cette marge, agir comme créateur de normes de droit, est une question qui dépend de la mesure dans laquelle le parlement veut, par une réglementation des détails, rendre *lui-même* plus ou moins concrète la loi qu'il édicte. Il ne s'agit donc pas d'un problème de «décalage de compétence», mais de la plus ou moins grande latitude laissée à l'exécutif dans l'exercice d'attribution qui lui appartiennent en propre *de par la Constitution.*

Alors que, dans ses fonctions administratives, l'exécutif jouit d'une grande indépendance, il n'est, dans ses fonctions d'exécuteur des volontés législatives par voie d'ordonnances, qu'organe auxiliaire du pouvoir législatif, ce dernier pouvant lui donner des instructions en vue de l'exécution d'une loi. Des fonctions dépendantes l'une de l'autre, peuvent très bien être exercées par des organes indépendants les uns des autres. L'exécutif peut ainsi — suivant la Constitution — être, en tant qu'organe, très indépendant du législatif, mais dépendre de ce dernier pouvoir en ce qui concerne ses fonctions d'exécuteur des lois.

La délégation législative est ainsi de notre point de vue, le moyen par lequel le pouvoir législatif précise, dans un cas particulier, la fonction d'exécutrice des lois du pouvoir exécutif, en faisant usage de son *droit de donner des instructions et des ordres à son organe auxiliaire.*[5]

Le contenu et la portée de l'ordonnance d'exécution seront donc déterminés, dans chaque cas particulier, par la façon dont le législateur fera usage de ce pouvoir instructionnel pour lequel, convenons-en, le terme de délégation ne convient guère. Cette détermination peut indifféremment figurer *expressis verbis* dans la clause relative à l'exécution de la loi ou résulter des termes généraux de celle-ci. Le fait que ces instructions laissent ou non à l'organe d'exécution la possibilité d'édicter, par ses ordonnances, des dispositions contenant des règles de droit et de faire ainsi œuvre proprement législative ne change également rien au caractère de ces instructions. Cette possibilité n'est en effet pas créée selon les besoins par le pouvoir législatif. Elle est comprise dans l'exercice de la fonction exécutive, ce qui ne signifie évidemment pas qu'elle soit d'un rang égal — *à parité absolue* — à l'activité législative du parlement. En effet, c'est le pouvoir législatif qui délimite en l'espèce l'activité de l'exécutif et il le fait d'une manière

---

[5] Il n'est pas absolument nécessaire que cette tâche soit confiée au pouvoir exécutif. Un autre organe peut également en être chargé, par ex. un tribunal, comme, en Suisse, le Tribunal fédéral, conformément à l'article 15 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite, du 11 avril 1889. Les organes judiciaires sont d'ailleurs les organes d'exécution du législatif. Cf. *Merkl:* Verwaltungsrecht, p. 21, qui qualifie l'Administration et la Justice de «Tochterfunktionen» par rapport au pouvoir législatif et de «Schwesterfunktionen» dans leurs rapports réciproques.

impérative et en rendant l'organe exécutif responsable de ses actes, de sorte que, si les instructions données devaient être outrepassées, cet excès aurait pour effet la non-validité de l'acte promulgué.

Nous n'examinerons pas les nombreuses théories déjà émises sur la nature juridique de la délégation en général, mais nous nous bornons à celles qui se rapportent à la délégation dite «législative», cette dernière ayant à elle seule donné lieu à l'usage de dénominations, à notre avis souvent erronées.[6]

Alors que la plupart des *auteurs français* récents se refusent à admettre la délégation en matière de compétence législative, tel n'était pas le cas des auteurs plus anciens.[7]

Les *juristes allemands*, avec à leur tête *Laband*, vont plus loin que nous en ce qui concerne l'admissibilité juridique de la délégation. D'après eux, le pouvoir législatif n'est que d'ordre formel dans l'Etat constitutionnel et la délégation rien d'autre qu'un acte législatif, à savoir l'exercice d'une compétence législative.[8] Notre manière de voir s'écarte de la conception d'après laquelle la compétence d'accorder la délégation et la compétence législative se couvriraient, ce qui ne poserait ainsi pas de bornes aux possibilités de faire usage de délégations. Pour nous, la délégation législative se présente, ainsi que nous l'avons déjà exposé, comme étant l'exercice du droit que possède une autorité supérieure — le parlement — d'adresser des ordres à l'autorité inférieure — le gouvernement — ordres ayant pour objet de circonscrire d'une manière plus précise l'activité que devra exercer le gouvernement dans la promulgation d'ordonnances se rapportant à l'exécution d'une loi déterminée. Or, le pouvoir d'édicter des ordonnances appartient à l'exécutif de par la Constitution, alors même que ces ordonnances auraient un caractère législatif. Ce pouvoir n'a par conséquent pas besoin d'être créé au préalable par le parlement.

Nous n'admettons en outre pas, à l'encontre de l'Ecole de Laband, que le *contenu* de la loi soit indifférent.[9] Il est avant tout déterminé par les buts de l'Etat et la Constitution, et nous ne reconnaissons aucune toute-puissance du législateur en ce qui concerne le contenu de ses actes législatifs. Le législateur ne peut, sans la nier, déroger à la

---

[6] L'impropriété du terme «délégation» a été relevée par divers auteurs, entre autres: *Carré de Malberg. Théorie générale de l'Etat*, pp. 416 et suiv. *Guhl:* op. cit., pp. 74 et suiv. *Rüegg: Die Verordnung*, p. 78. *Schmitt:* Vergleichender Ueberblick, p. 257.

[7] *Esmein:* Revue politique I, p. 200. Eléments de droit Const. 7e éd., pp. 300 et suiv. *Duguit:* Traité vol. IV, pp. 747 et suiv.

[8] *Laband:* Staatsrecht des deutschen Reiches, pp. 96, 173 et suiv. *Jellinek:* Gesetz und Verordnung, pp. 255, 383. *Anschütz:* Die gegenwärtigen Theorien, pp. 19, 21.

[9] *Cf. Tingstén:* op. cit., p. 12. *Marti:* op. cit., p.63.

véritable source de sa compétence, à savoir la Constitution. Nous verrons dans le prochain paragraphe que nous en faisons également découler les limites de son droit de donner des instructions et des ordres au gouvernement, c'est-à-dire de la délégation législative.

D'autre part, nous ne sommes également pas d'accord avec les auteurs qui admettent que la loi née par la voie législative est matériellement déterminée, soit qu'ils exigent une notion de l'acte législatif qualitativement définie ou qu'ils regardent le contenu de cet acte comme étant précisé par la pratique.[10] Sur ce point particulier nous sommes plutôt disposés à admettre les idées de Laband, dans le sens que le contenu matériel n'est pas un critère de la notion de la loi, tout spécialement envers l'ordonnance. La délimitation en question ne doit également pas être recherchée, du point de vue de la séparation des pouvoirs, en se fondant sur le contenu de l'acte, mais bien dans la différence de rang entre le législateur et son organe exécutif, c'est-à-dire dans le contrôle efficace du premier sur le second.

Giacometti et *Kuhne*[11] mettent avec raison en garde contre la tendance de transposer, dans le droit public, la notion de la délégation telle qu'elle est admise en droit civil. Mais ces deux auteurs partent d'une notion uniforme de la délégation en droit public, notion qui en réalité n'existe pas. Rien que pour la délégation *législative* déjà, le terme «délégation» ne convient guère. Pour tous les autres faits, le terme «délégation», devenu si courant, ne signifie en réalité pas la même chose. Il n'est que profitable, du point de vue scientifique, de s'en tenir à une terminologie uniforme en tant qu'elle correspond à une notion uniforme, mais c'est une vaine pétition de principes que de partir d'une expression admise pour des faits hétérogènes et d'en déduire ensuite une notion uniforme.

§ 5. Admissibilité juridique et limites de la délégation législative

Notre définition de ce que l'on appelle souvent improprement «délégation législative» ainsi que notre théorie sur la nature juridique de cette dernière comportent sans autre son admissibilité juridique. Puisque la *fonction* exercée par le pouvoir exécutif, lorsque celui-ci édicte des ordonnances, dépend du pouvoir législatif — dépendance fonctionnelle à laquelle n'a pas besoin de correspondre une dépen-

---

[10] Entre autres: *Schmitt:* Verfassungslehre, p. 146. *Tingstén,* op. cit., p. 11.

[11] *Giacometti:* Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation, pp. 25 et suiv. Ueber das Rechtsverordnungsrecht im schweiz. Bundesstaat (Festgabe Fleiner 1927), p. 388. *Kuhne:* op. cit., pp. 30 et suiv. Ces deux auteurs représentent le «materieller Gesetzesbegriff».

dance organique — il en résulte logiquement que le pouvoir législatif détermine la marge laissée au pouvoir exécutif. Une ordonnance peut ainsi, suivant l'ampleur de cette marge, contenir des dispositions complémentaires à la loi *(rechtsergänzende Verordnungen)* ou proprement législatives *(rechtserzeugende Verordnungen)*. A cet effet, aucune transmission de compétence n'est nécessaire. La puissance exécutive implique déjà cette compétence. Le mandat conféré par le pouvoir législatif se borne à déterminer l'étendue de son exercice.

Une constitution peut, certes, *interdire* la délégation en se tenant sur le terrain de la loi au sens matériel et réserver toute activité proprement législative exclusivement au parlement. Nous ne tranchons pas la question de savoir si de telles dispositions sont recommandables en pratique, supposé même que le parlement siège en permanence. En revanche, une disposition constitutionnelle *autorisant* expressément la délégation législative n'aurait qu'une simple valeur déclarative, puisque de notre point de vue l'admissibilité de cette délégation est évidente. Il en résulterait tout au plus qu'une telle disposition éviterait des discussions inutiles. D'ailleurs, une constitution ne peut admettre la délégation *que dans des limites bien définies.*[12] Finalement, le *silence* d'une constitution sur ce point doit, selon nous, être interprété en faveur de l'admissibilité de la délégation.

Les adeptes de la notion de la loi au sens matériel cherchent à parer aux difficultés qui résultent de l'admissibilité de la délégation en introduisant cette dernière par une voie détournée. En voici quelques exemples.

Certains auteurs ont recours au *droit coutumier.* Or l'appel à ce dernier touche un ensemble de problèmes qui n'est pas plus facile à démêler que celui de la délégation législative. Il faut tout d'abord résoudre la question dogmatique consistant à savoir si, sur le plan constitutionnel, la coutume peut être admise, et tout particulièrement le droit coutumier dérogatoire.[13] La solution de cette question dépendra beaucoup de chaque constitution en particulier (par exemple s'il s'agit d'une constitution rigide ou plus ou moins souple). Si cette question est tranchée par l'affirmative, il faudra encore apporter la preuve difficile à faire de l'usage constant et de la fameuse *opinio necessitatis.*

---

12 Voyez les exemples donnés par le prof. *Giacometti,* dans Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation, pp. 14 et suiv.

13 Cf. *Merkl:* Verwaltungsrecht, pp. 104 et suiv. *Giacometti:* Ueber das Rechtsverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaate (Festgabe Fleiner, 1927), pp. 390 et 398, contre *Giacometti:* Gesetzesdelegation, p. 21. *Ruck:* Staatsrecht, p. 126, qui admet le droit coutumier, mais non le droit coutumier dérogatoire pour le droit public suisse. *Fleiner:* Institutionen, pp. 83 et suiv. en partie contre *Fleiner:* Bundesstaatsrecht, p. 421. *Duguit:* Traité, pp. 766 (l'admet dans une mesure limitée).

Mais cette preuve doit être soumise à des règles d'autant plus sévères que la matière à laquelle la coutume doit être appliquée est plus importante. Or, qu'y a-t-il de plus important et de plus fondamental pour une organisation collective que la Constitution?

Il est encore moins convainquant de justifier la délégation législative en invoquant la «*reconnaissance générale*» comme le fait notamment le professeur Ruck qui parle de «*allgemeine Anerkennung*».[14] Quelle base légale peut bien fournir cette reconnaissance générale? Que peut bien être cette généralité? Est-ce le *consensus prudentium* des autorités ou du peuple? Ou bien faut-il entendre par là l'usage généralement admis? Il n'est malheureusement guère possible d'arriver à une solution satisfaisante sur la base de notions aussi peu précises.

L'opinion selon laquelle la délégation législative est *inévitable* [15] et que, par conséquent, le silence de la Constitution ne permet pas de conclure à son exclusion est déjà plus défendable. Nous sommes ici dans le domaine de l'interprétation logique. Mais jusqu'où va ici l'inévitable? Nous ne croyons pas que l'on puisse en pratique avoir, à ce sujet, recours à un critère général (ainsi que *Burckhardt* le dit lui-même). Pour quiconque est adepte de la loi au sens matériel, l'entorse portée par l'interprétation à un principe aussi essentiel ne manque pas d'être hasardeuse et ne conduit d'ailleurs qu'à un résultat très vague.

Ces quelques exemples suffisent à démontrer que le problème de la délégation ne peut être résolu qu'en partant d'un principe fondamental.

Toutefois, l'admissibilité juridique de la délégation ne résout pas la question de ses limites. Nous avons déjà relevé que pour l'école de *Laband* la délégation législative constitue un acte législatif. Cette école adopte, pour reprendre les termes de *Jellinek*, une «*schrankenlose Delegationsmöglichkeit innerhalb der Freiheit des gesetzgeberischen Willens*».[16]

Nous ne pouvons nous rallier à cette manière de voir, et cela pour les deux raisons suivantes:

1° le pouvoir législatif ne peut se départir entièrement de ses fonctions législatives et les transmettre, par exemple, avec une loi délégatoire générale, au pouvoir exécutif;

2° la volonté du pouvoir législatif a ses limites dans la constitution; elle agit en exécution de cette dernière.

Nous sommes d'avis que l'admissibilité sans limites de la délégation législative ne serait pas en harmonie avec la situation et les

---

[14] *Ruck:* Verwaltungsrecht, vol. I, p. 63.

[15] *Burckhardt:* Kommentar, p. 866.

[16] *Jellinek:* Gesetz und Verordnung, p. 383. *Laband,* op. cit., p. 173.

tâches d'un pouvoir législatif aux attributions fixées par la constitution. Une constitution peut certes mettre plus de poids sur le pouvoir législatif comme organe créateur des lois, mais la marge laissée à l'exécutif comme organe créateur de règles de droit *(rechtserzeugende Tätigkeit)* devra alors être réduite d'autant. Il est cependant impossible d'établir un critère général relatif à l'étendue de l'activité proprement législative de l'une ou de l'autre autorité, leur situation étant déterminée d'une façon différente dans chaque constitution. Toutefois, si le critère de la délimitation est formulé en ce sens que la délégation ne doit être admise qu'en tant que le législateur ne peut obtenir les mêmes résultats par la voie législative ou lorsqu'il s'agit de réglementer des situations et des dispositions soumises à des changements très rapides [17], nous pouvons — du point de vue théorique — acquiescer à cette dernière manière de voir. Mais, du point de vue pratique, le critère ne pourra être formulé qu'en tenant compte de chaque constitution en particulier.

Bornons-nous à quelques considérations générales.

Dans les *démocraties à referendum* et tout particulièrement là où le referendum est obligatoire, la limite de la délégation n'est en tout cas pas dépassée aussi longtemps que les lois délégatoires sont soumises au referendum obligatoire, puisque tout citoyen jouissant du droit de vote peut se prononcer sur chaque délégation en particulier. Dans les démocraties à referendum facultatif, la limite est également garantie aussi longtemps que la loi délégatoire n'est pas soustraite au referendum facultatif.

Dans les *républiques représentatives*, il est absolument impossible que la délégation législative élimine les citoyens de la collaboration à l'activité législative, car une telle collaboration n'existe pas dans ce système politique. D'autre part, l'activité législative apparaît ici comme étant exercée par le parlement au nom de la volonté populaire. Cette représentation de la volonté populaire ne peut par conséquent pas, au moyen d'une délégation illimitée, s'exclure en fait sans modifier par là la structure organique de l'Etat, comme cela s'est par exemple produit dans les Etats dictatoriaux. En pareil cas, la limite se trouve à notre avis là où le pouvoir législatif cesse d'être lui-même *législativement créateur* et se contente, en principe, de contrôler l'activité législative de l'exécutif. Mais pareille autoélimination est en général également suivie d'un affaiblissement du contrôle qui devient purement formel.

---

17 *Guhl:* Bundesgesetz und Verordnung, p. 77: *Triepel* parle d'un «Sachlich und örtlich beschränkten Teil der gesetzgeberischen Aufgabe» (Vdl. d. 32. deutsch. Juristentages, pp. 13 et suiv.).

L'autre situation extrême peut aussi se produire. Nous aurons alors un débordement du pouvoir législatif au-delà des limites constitutionnelles. Toute constitution prescrit dans quelles conditions l'activité législative *(Rechtserzeugung)* doit s'exercer dans ses différents degrés. Si nous appelons cela la procédure ordinaire, nous devrons parler d'une *procédure extraordinaire* lorsque des normes juridiques auront bien été édictées selon une voie prévue par la constitution mais seulement en vue de cas extraordinaires. L'on pourra, *a fortiori,* parler d'une telle procédure extraordinaire lorsque la législation s'élabore selon une procédure non prévue par la constitution. C'est ce que l'on appelle en général le *droit de nécessité.*[18]

Les normes juridiques édictées en vertu du droit de nécessité se fondant sur un article constitutionnel, ont qualité *intra constitutionem* et ne se distinguent des autres normes juridiques établies par la voie ordinaire que par les conditions dans lesquelles elles ont pris naissance et non par leur essence même. Elles se présentent alors comme l'exécution d'une disposition constitutionnelle, primairement par le pouvoir législatif, secondairement par l'exécutif. Ici également la délégation législative n'est par conséquent, selon notre manière de voir, pas plus un «décalage de compétence» *(Kompetenzverschiebung)* qu'elle ne l'est dans les cas de l'activité législative exercée par la procédure ordinaire. Rien n'est de ce fait modifié à la structure hiérarchique de l'activité législative.

Il en est autrement des normes juridiques créées *extra constitutionem,* lorsque, par exemple, le pouvoir législatif, outrepassant ses droits, vote des lois modifiant la constitution ou donne au pouvoir exécutif délégation de promulguer de telles lois. Dans le dernier cas nous sommes en présence d'une véritable *attribution de compétence (Kompetenzzuweisung)* — donc ici également pas de décalage de compétence *(Kompetenzverschiebung)* — en faveur du pouvoir exécutif, puisque le pouvoir législatif lui accorde une compétence qui ne lui appartient pas en vertu de la constitution, tout particulièrement celle d'édicter, au moyen de ses ordonnances, des normes juridiques outrepassant les limites fixées par la constitution à l'activité du législateur.

Il ne nous appartient pas de discuter ici le fondement légal de telles délégations impliquant une modification constitutionnelle.[19] En examinant le problème de la délégation législative, nous sommes partis

---

[18] *Reber:* Das Notrecht des Staates, pp. 10 et suiv. *Favre:* Le droit de nécessité de l'Etat, p. 12.

[19] Cf. sur ce point: *Reber,* op. cit., pp. 28 et suiv. *Burckhardt:* Arch. für Rechts- und Sozialphil., vol. 29, fascicule 2, p. 171. *Menzel:* Festg. für Laband I, pp. 369 et suiv.

de la notion de la loi au sens formel. Si la procédure constitutionnelle prévue n'a pas été observée, la «voie législative» aura été faussée. Ce sera le cas lorsque la loi déléguant la compétence aura été édictée par une autorité incompétente ou au mépris des formes prescrites. Une telle délégation législative attribue à l'exécutif une compétence qui est contraire à la constitution. Ici seulement nous sommes en présence de la situation que les adeptes de la loi au sens matériel admettent dans tous les cas de la délégation législative: la modification, par la loi de délégation, de l'ordre constitutionnel en matière de compétence.

Nous avons donc ici une *deuxième limite* de l'admissibilité juridique de la délégation législative. Nous aurons l'occasion, en examinant les solutions adoptées en Suisse en matière de délégation législative, de revenir plus en détail à cette limite qui, notamment depuis 1914 — et non seulement en Suisse — dut souvent être dépassée, une constitution démocratique se révélant malheureusement insuffisante en des temps troublés qui exigent une forte concentration du pouvoir dans les mains du gouvernement.

§ 6. Classification des lois délégatoires, la sous-délégation

Les limites de la délégation législative tracées au paragraphe précédent, vont nous permettre de tenter une classification des cas de délégation en distinguant tout d'abord entre les délégations législatives ordinaire et extraordinaire.

Nous appelons *délégation législative extraordinaire*, non pas celle qui est accordée par «voie législative» ordinaire, mais par une procédure spéciale — par exemple en excluant le referendum — ou en faisant usage d'une compétence dépassant la constitution. Dans le premier cas, il faudrait parler de délégation extraordinaire au sens *formel*, dans le second de délégation extraordinaire au sens *matériel*.

Lorsque la constitution contient une disposition relative au droit de nécessité en vertu de laquelle il est permis soit de s'écarter de la voie législative, soit de procéder à des modifications matérielles (quant au fond) de la constitution, la délégation extraordinaire est également — en tant qu'elle soit donnée dans les conditions prévues par le droit de nécessité et se couvre avec le contenu admis pour ce dernier — à nouveau une simple mesure prise en exécution de la constitution. Le caractère extraordinaire ne réside que dans les conditions requises pour l'application de l'article relatif au droit de nécessité. La compétence d'édicter des dispositions légales modifiant la constitution se fonde alors sur cette dernière; elle demeure ainsi dans les limites constitutionnelles, limites ne pouvant évidemment être franchies.

En revanche, si un article relatif au droit de nécessité fait défaut, l'inobservation de la «voie législative», et des dispositions constitutionnelles représente autant d'atteintes portées à la charte fondamentale de l'Etat.

La délégation législative ordinaire se distingue de l'extraordinaire, en ce qu'elle se fonde sur une loi délégatoire édictée selon une procédure normale, cette délégation n'étant en outre, d'après notre manière de voir, nullement un «décalage de compétence» *(Kompetenzverschiebung)*. Elle diffère en outre de la délégation extraordinaire, du fait que sa durée de validité n'est en général pas limitée. Il peut arriver qu'une période de plusieurs années s'écoule entre la date de promulgation d'une loi et, soit le moment où intervient la délégation nécessaire, en vue d'une ordonnance d'exécution, soit celui où la délégation elle-même est mise en œuvre.[20] La délégation législative extraordinaire est au contraire le plus souvent d'une durée de validité limitée.

Or, la théorie assimilant la délégation législative à un «décalage de compétence» *(Kompetenzverschiebung)* ne permet précisément pas de faire cette importante distinction entre ces deux catégories de délégations.[21]

D'autres différences résultent de la *portée* de la délégation. A cet égard, il convient de distinguer d'une part entre la *délégation donnée en vue d'une ordonnance législative*, celle-ci constituant en fait simplement une ordonnance d'exécution complémentaire et, d'autre part, la délégation traçant uniquement le cadre de l'activité déléguée (par la suite appelée «*délégation-cadre*») et celle qui accorde des «*pleins pouvoirs*».

L'ordonnance d'exécution ordinaire, même si elle constitue une ordonnance législative *(Rechtsverordnung)*, est celle qui reste la plus proche de la loi accordant la délégation. Cette loi est, il est vrai, spécialisée, mais pas jusque dans ses dispositions les plus détaillées; l'ordonnance d'exécution, par sa spécialisation encore plus accentuée devra donc concrétiser la loi en vue de son application pratique. Pour le professeur Ruck, le but de l'ordonnance d'exécution est: «die Rechtsvorschriften und Rechtsgedanken des Gesetzes in kleine Münze für

---

[20] C'est ainsi que la loi fédérale du 25 juin 1885 concernant la surveillance des entreprises privées en matière d'assurance n'a été suivie que le 16 août 1921 d'une ordonnance d'exécution y relative. Le Tribunal fédéral a d'autre part édicté en vertu de l'article 15 de la Loi fédérale du 11 juillet 1889 sur la poursuite pour dettes et faillite une ordonnance du 23 avril 1920 sur la réalisation des immeubles; les ordonnances d'exécution relatives à la Loi fédérale du 8 décembre 1905 concernant le commerce des denrées alimentaires et divers objets usuels n'ont vu le jour qu'en date des 23 février 1926 et 26 mai 1936.

[21] Voyez *Giacometti:* Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation, p. 24 et *Kuhne*, op. cit.: p. 48.

den täglichen Gebrauch auszuprägen».[22] L'ordonnance d'exécution a ainsi davantage pour effet de compléter la loi *(rechtsergänzende Verordnung)* que de la remplacer *(rechtsvertretende Verordnung)*.

Dans de nombreux domaines du droit administratif — et ceci au contraire du droit judiciaire *(Gerichtsrecht)*, c'est-à-dire de celui qui est appliqué par les tribunaux — le droit légal *(Gesetzesrecht)* ne constitue souvent qu'un cadre destiné à être complété par des dispositions complémentaires sous forme d'ordonnances d'exécution. L'ordonnance occupe ainsi, dans l'administration, une place infiniment plus grande par rapport aux autres sources du droit existant dans l'Etat constitutionnel.

La cause de cette particularité est également due à la technique adoptée dans la codification des lois. Dans le droit judiciaire *(Gerichtsrecht)*, nous sommes en présence du système de la codification la plus complète d'une matière étendue (par exemple, le Code civil, le Code pénal, le Code de procédure civile, le Code de procédure pénale). Une telle législation fondamentale ne laisse qu'une place limitée aux lois accessoires réglant la même matière. Dans le droit administratif, en revanche, la prédominance appartient aux lois spéciales, car ce domaine ne se laisse guère scinder en lois fondamentales et lois spéciales. Le principe de la technique de codification est ici celui de la *législation spéciale en raison de la matière*. Cette dernière embrasse un domaine extrêmement varié. Les tâches administratives de l'Etat moderne, si multiples et diverses, ainsi que la nécessité de procéder à une réglementation détaillée sujette à des changements rapides, font que l'ordonnance est le moyen le plus adéquat pour permetre de légiférer dans ce domaine. C'est la raison pour laquelle le droit légal *(Gesetzesrecht)* représente en majeure partie — dans le domaine du droit administratif — le *cadre* des dispositions d'exécution qui seront ensuite édictées sous forme d'ordonnances.[23]

Cela explique pourquoi l'importance, dans ce domaine de la législation par voie d'ordonnances, n'est pas consécutive à la guerre mondiale et à la période qui la suivit, mais existait déjà auparavant en raison précisément du caractère spécial de l'activité administrative.

Le parlement peut, en accordant la délégation, tracer, comme nous l'avons vu, le *cadre* de l'activité déléguée, soit en adoptant une loi délimitant le domaine de la compétence déléguée *(«délégation-cadre»)*, soit en allant plus loin au moyen d'une loi conférant des *pleins pouvoirs (Blankettgesetz)*. Alors que dans le premier cas, le parlement établit au moins les dispositions les plus importantes se rapportant à la matière formant l'objet de la législation déléguée, la loi conférant

---

22 *Ruck:* Verwaltungsrecht, vol. 1, p. 64.

23 *Merkl:* op cit., pp. 126 et suiv. *Ruck:* Verwaltungsrecht, vol. I, p. 25.

les pleins pouvoirs accorde à l'exécutif des pouvoirs illimités de réglementer des matières spécifiées parfois d'une manière détaillée ou simplement énumérées d'une façon très générale. Ainsi, une loi conférant des pleins pouvoirs peut autoriser l'exécutif à légiférer en lui délimitant la matière ou, au contraire, sans la lui délimiter. Des lois conférant des pleins pouvoirs ne sont en général accordées qu'au moyen d'une *délégation législative extraordinaire.* De telles lois ont déjà vu le jour dès le début de la première guerre mondiale dans un grand nombre d'Etats aux régimes politiques les plus divers (par exemple aux Etats-Unis d'Amérique, en Grande-Bretagne, Allemagne, Autriche, Italie).[24]

Cette forme de la délégation législative ne doit pas être confondue avec l'exercice du droit de nécessité par l'administration sans autorisation constitutionnelle ou légale, qui revient à un droit de nécessité autonome exercé par voie d'ordonnances par l'exécutif. C'est, lors de la première guerre mondiale, l'Italie qui alla le plus loin dans ce sens au moyen des «decreti legge». En Allemagne d'après 1918 s'est développé, par une interprétation extensive de la Constitution de Weimar, un droit de nécessité exercé par le président du Reich.[25] Ces ordonnances de nécessité promulguées par l'exécutif ne doivent cependant pas être confondues avec l'arrêté fédéral muni de la clause d'urgence (Const. féd. art. 89, al. 2), comme M. le professeur Giacometti semble le faire.[26] Le pouvoir de l'exécutif d'édicter de son propre chef des ordonnances (*selbständiges Verordnungsrecht*, cf. p. 33, note 4) ne forme pas l'objet de notre étude. Nous devons, en revanche, nous occuper de la question de savoir si l'exécutif peut déléguer à son tour le pouvoir de légiférer que lui a accordé le parlement. Ce problème de la *sous-délégation* sera examiné d'une manière plus détaillée au chapitre IV. Pour l'instant, bornons-nous aux remarques suivantes.

L'exécutif est aussi, comme le parlement, en général, un organe composé, mais d'une manière moins compliquée que l'est ce dernier. Il a par conséquent l'avantage d'être moins lent et de pouvoir développer plus d'initiative. Toutefois, la marche et la nature spéciale de certaines affaires exigent souvent que l'exécutif n'édicte pas les ordonnances fondées sur une compétence indirecte *(unselbständige Verordnung*, cf. p. 33, note 4) en tant qu'organe collectif, mais cède cette charge à un Département, un Ministère, un Office, etc., particulier. C'est notamment le cas lorsque le contenu de l'ordonnance se rapporte à une matière très spéciale ressortissant à ce département.

Comme, selon l'Ecole Viennoise, le processus créateur du droit *(Rechtserzeugungsprozess)* a lieu à tous les échelons de l'Etat, à l'ex-

---

[24] *Jèze:* L'exécutif en temps de guerre, pp. 24 et suiv.

[25] *Jèze:* id., pp. 45 et suiv. *Lassar:* Jahrbuch des öffentl. Rechts, vol. 14., p. 35.

[26] *Giacometti:* Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation, p. 12.

ception du dernier degré de l'exécutif, des sous-délégations de deuxième et troisième ordres ne sont ainsi pas exclues, à moins que la loi délégatoire édictée par le parlement ne contienne des dispositions formelles dans le sens négatif. Les sous-délégations peuvent tendre soit à une plus grande concrétisation ou spécialisation de l'ordonnance, soit à son adaptation aux circonstances locales.

La sous-délégation soulève moins de questions que la délégation législative elle-même. Aucune atteinte au principe de la séparation des pouvoirs n'a en effet lieu. En outre, la sous-délégation s'opère non pas entre les organes de pouvoirs différents, mais entre organes de la même fonction. Même les adversaires de la délégation législative déduisent la prétendue inadmissibilité juridique de la sous-délégation en affirmant qu'elle se fonde sur un acte à leur avis illégal, celui de la délégation.[27]

Tandis que la norme de la délégation législative doit être contenue dans une loi au sens formel, il n'en va pas de même des sous-délégations qui peuvent être accordées au moyen d'ordonnances fondées sur une compétence indirecte *(unselbständige Verordnungen*, cf. p. 33, note 4). Quant à l'organe ayant qualité pour procéder à la sous-délégation, tout organe peut le faire, à l'exception de celui qui se trouve au dernier échelon administratif, et ceci grâce au droit de donner des instructions et des ordres *(Weisungsrecht)* que possède toute autorité supérieure envers celle qui lui est directement subordonnée (principe de la hiérarchie administrative).

---

[27] *Giacometti:* Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation, p. 34. Verfassungsrecht, p. 76. *Kuhne:* op. cit., p. 92. En revanche *Burckhardt:* Kommentar 666 N 2. Methode: p. 89. *Stier-Somlo-Elster:* Handwörterbuch VI, p. 491.

CHAPITRE III

Les solutions adoptées par les autorités fédérales suisses en matière de délégation législative

§ 7. Particularités du processus législatif suisse

Notre droit fédéral ne connaît pas moins de cinq formes par lesquelles peuvent se manifester des *dispositions à caractère législatif*, à savoir les normes constitutionnelles, les traités internationaux, les lois fédérales, les arrêtés fédéraux de portée générale, et les ordonnances législatives fédérales.

Les *normes constitutionnelles* diffèrent, du point de vue purement *formel* déjà, des simples lois fédérales et cela en dépit du fait que la revision totale de la Constitution ne peut avoir lieu que par la «voie législative» (Const. féd., art. 119). Le pouvoir constituant (la puissance investie du pouvoir de créer les normes constitutionnelles) offre certaines particularités. A savoir notamment le referendum constitutionnel obligatoire (Const. féd., art. 123), l'initiative constitutionnelle (Const. féd., art. 120 et 121), et ce que l'on pourrait appeler «le conseil constitutionnel» c'est-à-dire la réunion des deux conseils renouvelés prévue à l'article 120, alinéa 2, de la Constitution fédérale.[1] N'est pas fixé en revanche, ce qui doit du point de vue *matériel* (quant au fond) être réglé par des normes constitutionnelles.

Les *lois fédérales* représentent la forme normale par laquelle s'exprime la volonté du législateur. A cet effet, l'accord des deux Chambres est nécessaire et suffisant (Const. féd., art. 89). Nous avons déjà esquissé au chapitre premier (§ 3) la procédure à suivre. Mais un droit de veto, le referendum facultatif, a été réservé au peuple (Const. féd., art. 89, al. 2). La Constitution ne nous renseigne pas d'une

[1] *His:* Geschichte des neueren schweiz. Staatsrechts, vol. I, p. 172. *v. Waldkirch:* Die Mitwirkung des Volkes bei der Rechtssetzung nach dem Staatsrecht der schweiz. Eidgenossenschaft und ihren Kantonen, p. 36. *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 393.

manière complète sur les actes législatifs (ou mieux les matières) qui doivent revêtir la forme d'une «loi». Le domaine de la loi fédérale est limité par le haut par la Constitution, en ce sens que ce qui est réglé constitutionnellement compte comme droit constitutionnel et ne peut être modifié que par la voie d'une revision constitutionnelle. Par le bas, la limite est formée par les arrêtés fédéraux soustraits au referendum facultatif.

Cette limite supérieure, si nous pouvons nous exprimer ainsi, n'est cependant pas rigide puisque les lois fédérales (de même que les arrêtés fédéraux de portée générale et les traités internationaux ratifiés par l'Assemblée fédérale) s'imposent également au Tribunal fédéral sans que ce dernier puisse examiner leur constitutionnalité (Const. féd., art. 113, al. 3). Des atteintes peuvent par conséquent être portées à la Constitution par de simples lois fédérales.[2] Nous verrons aussi que la limite inférieure n'est également pas rigide.

L'article 113, alinéa 3, de la Constitution fédérale donne la possibilité au pouvoir législatif de déroger aux dispositions constitutionnelles, sans modifier la Constitution.[3] De telles atteintes portées au droit, les règles constitutionnelles étant néanmoins observées, atteintes qui doivent être ensuite «assainies», ont été qualifiées de «*Fehlerkalkül*» par les juristes de langue allemande.[4]

Cette expression ne convient toutefois pas, selon nous, à l'article 113, alinéa 3 de la Constitution fédérale, cette disposition n'ayant pas pour but de couvrir les erreurs commises par le pouvoir législatif. Ce que les auteurs de la Constitution ont originairement voulu, c'est empêcher que le pouvoir judiciaire ne s'élève au-dessus du pouvoir législatif.[5] On ne voulait pas d'un Etat juridictionnel. Mais ce qui a été atteint, peut-être inconsciemment, c'est une plus grande souplesse législative, ainsi qu'une très grande liberté du législatif d'agir «praeter constitutionem».

Comme nous l'avons déjà dit, la *limite inférieure* n'est également pas rigide. Les lois fédérales, il est vrai, ne peuvent pas exclure le referendum facultatif, mais le même but peut être atteint constitutionnellement par *l'arrêté fédéral de portée générale muni de la clause d'urgence* (Const. féd., art. 89). La question de savoir si et par quoi ces arrêtés se distinguent des lois fédérales, n'a pas encore été résolue d'une

---

[2] *Burckhardt:* Kommentar, p. 789. *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, pp. 276, 443.

[3] Très justement formulé par *Burckhardt,* Kommentar, p. 787. Du même auteur: Organisation der Rechtsgemeinschaft, p. 213 et aussi *Kelsen:* Reine Rechtslehre, p. 85. Staatsgerichtsbarkeit, p. 79.

[4] *Merkl:* Rechtskraft, p. 293. Allg. Verwaltungsrecht, p. 196.

[5] Cf. la proposition *Dubs* dans le commentaire Burckhardt, p. 773 et les procès-verbaux du Conseil National de 1872.

manière satisfaisante, en dépit des discussions très vives entre les auteurs compétents.[6] De toute façon, ces arrêtés doivent être mis sur le même rang que les lois fédérales; ils peuvent contenir des normes juridiques, mais offrent au parlement la possibilité d'exclure le referendum facultatif par le simple fait de la déclaration d'urgence.

Ainsi, la démarcation entre l'ordonnance et la loi n'est pas moins souple que celle existant entre la Constitution et la loi. Nous n'avons de part et d'autre aucune cloison impénétrable.

D'ailleurs, la limite entre le législatif et l'exécutif n'est pas telle que l'admet la doctrine de la «*Rechtsverordnungskompetenz*». Car cette compétence appartient également, à côté du Conseil fédéral, à l'Assemblée fédérale. Celle-ci possède, en vertu des articles 84 et 85, chiffre 2, de la Constitution fédérale combinés avec l'article 89, alinéa 2, la compétence, au moyen de l'arrêté fédéral muni de la clause d'urgence, de promulguer de son propre droit des ordonnances législatives que nous avons appelées «ordonnances législatives fondées sur une compétence directe» (*selbständige Rechtsverordnungen*, cf. p. 33, note 4). C'est précisément grâce à cette compétence constitutionnelle que l'Assemblée fédérale a pu développer sa pratique d'édicter des *ordonnances de nécessité*, jusqu'à un véritable *droit général de nécessité par voie d'ordonnances.*[7] Clause d'urgence et droit de nécessité sont souvent confondus. Pourtant il s'agit là de deux notions absolument différentes. La *déclaration d'urgence* «est une notion qui appartient à la procédure législative, elle vise *la forme* de l'arrêté»; au contraire «le droit de nécessité est caractérisé par le fait que son contenu déborde le droit constitutionnel normal ou les lois en vigueur».[8]

Un droit spécial permettant d'édicter des ordonnances de nécessité existe constitutionnellement en faveur de l'Assemblée fédérale grâce à l'article 29, chiffre 3, de la Constitution fédérale, en matière douanière. D'ailleurs les deux articles constitutionnels transitoires de 1915 et 1919 (sans numéro d'article) concernant le prélèvement d'un premier et deuxième impôt fédéral de guerre [9] accordent également à l'Assemblée fédérale la *compétence spéciale d'édicter de son propre chef des normes juridiques* dans le domaine prévu. C'est sur cette der-

---

[6] Cf. *Schollenberger:* Kommentar, p. 525. *Blumer-Morel:* vol. III, p. 22. *Fleiner:* Bundesstaatsrecht, pp. 401 et suiv.

[7] *Giacometti:* Ueber das Rechtsverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaate (Festgabe Fleiner 1927) p. 368. *Marti:* Op. cit., p. 66.

[8] Cf. rapport du 3 avril 1939 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur l'initiative concernant le droit de nécessité et la clause d'urgence, Feuille fédérale 1939 I, p. 543.

[9] RO *35*, 595. *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 673. *Giacometti:* Ueber das Rechtsverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaate (Festgabe Fleiner 1927), p. 379.

nière base légale que l'impôt de guerre a été perçu en vertu d'arrêtés fédéraux simples.

La pratique des autorités fédérales a finalement créé les *ordonnances législatives «fondées sur une compétence indirecte»* cf. p. 33, note 4), *édictées par l'Assemblée fédérale*, c'est-à-dire les ordonnances fondées sur une loi fédérale chargeant l'*Assemblée fédérale* de la suite de son exécution. Cette attribution est exercée par l'Assemblée fédérale au moyen d'arrêtés fédéraux simples. Ces derniers peuvent, de cette manière, contenir aussi des normes juridiques. Si l'on peut parler dans ce cas de «délégation», ce n'est pas parce que l'Assemblée fédérale se déléguerait elle-même le pouvoir, mais pour le motif que la norme de la délégation est soumise au referendum facultatif. Aussi le Conseil fédéral a-t-il proposé avec raison de désigner ce genre d'ordonnances législatives *d'arrêté de l'Assemblée fédérale*, terme dont le dit Conseil s'est d'ailleurs servi afin de distinguer nettement ces actes des ordonnances législatives *«fondées sur une compétence directe» (selbständige Rechtsverordnungen*, cf. p. 33, note 4) de l'Assemblée fédérale (cf. Feuille fédérale 1925 II., pp. 231, 296). Citons comme exemples de telles «délégations de compétence en sa propre faveur» comme on pourrait les nommer, les articles 37 et 38 de la loi fédérale sur l'organisation militaire du 12 avril 1907, l'article 55, alinéa 4, de la loi fédérale sur l'assurance militaire du 23 décembre 1914, l'article 3 de la loi fédérale sur les postes du 5 avril 1910, les articles 119 et 122 de la loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, du 13 juin 1911, l'article 39 titre final du code civil suisse. Furent qualifiés d'arrêtés de l'Assemblée fédérale, par exemple, l'arrêté de l'Assemblée fédérale instituant une statistique fédérale du tourisme, du 12 avril 1933 (RO *49*, 219) et l'arrêté fédéral sur l'instruction des officiers, du 26 septembre 1935 (RO *51*, 663).[10]

Le pouvoir d'édicter des ordonnances exécutives, appartient ordinairement au Conseil fédéral en tant qu'exécutif. Ce pouvoir comprend aussi la compétence d'édicter des ordonnances législatives (§ 3 et § 4 ci-dessus). Quant aux ordonnances législatives fondées sur une compétence indirecte, le Conseil fédéral les édicte en se fondant sur une délégation. Il s'agit ici d'un droit spécial conféré par l'Assemblée fédérale de cas en cas. Cela n'empêche cependant pas que, d'après la pratique de l'Assemblée fédérale, ce droit soit parfois accordé d'une façon générale, c'est-à-dire non seulement en vue de réglementer des matières décrites d'une façon précise, mais aussi, ainsi que nous le verrons plus loin, *pour tout un secteur important de la vie sociale.*

---

10 *Burckhardt:* Kommentar, pp. 667/668 et les exemples cités par cet auteur. *Giacometti:* Ueber das Rechtsverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaate (Festgabe Fleiner 1927)., p. 386.

Le *Tribunal fédéral* est très souvent aussi le titulaire d'une telle compétence secondaire lui permettant d'édicter des ordonnances législatives fondées sur une compétence indirecte.[11]

De son côté, le Conseil fédéral a également recours aux ordonnances législatives fondées sur une compétence directe *(selbständige Rechtsverordnungen* cf. p. 33, note 4), notamment en vertu de l'article 102, chiffres 9 et 10 de la Constitution fédérale.[12]

Mais la compétence de l'Assemblée fédérale d'édicter des ordonnances législatives *(Rechtsverordnungsbefugnis)* passe cependant ici avant celle du Conseil fédéral. Celui-ci ne peut en l'espèce édicter des ordonnances que si et pour autant que l'Assemblée fédérale n'a pas légiféré.

Le droit, pour le Conseil fédéral, d'édicter des ordonnances a été expressément mentionné dans la Constitution en 1928, lorsque l'article 35 relatif aux maisons de jeu y a été introduit. Le 3e alinéa de cet article a la teneur suivante: «Une ordonnance du Conseil fédéral déterminera les conditions dictées par l'intérêt public.»

Cette situation enchevêtrée est encore compliquée du fait de l'activité législative des cantons, du droit intercantonal résultant des concordats et du droit des corporations autonomes des cantons. Mais nous ne sommes plus ici dans le domaine du droit fédéral. Des ordonnances législatives cantonales promulguées en vertu d'une délégation contenue dans une loi fédérale ne constituent pas une ordonnance législative fédérale.

§ 8. Les formes juridiques de la délégation législative

Aucune disposition formelle relative à la délégation législative ne figure dans la Constitution fédérale. Les autorités fédérales ont toujours interprété ce silence comme une autorisation tacite en faveur de la délégation. Aussi ont-elles fait si régulièrement usage de cette dernière comme si cette pratique allait de soi, que la science juridique

---

11 Par ex. l'ordonnance du Tribunal fédéral, du 10 mai 1910, sur la saisie, séquestre et réalisation de droits découlant d'assurances. L'ordonnance du Tribunal fédéral, du 19 décembre 1910 concernant l'inscription des pactes de réserve de propriété.

12 *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 414. *Burckhardt:* Zeitschrift für Schweiz. Recht 35, p. 623 et Kommentar p. 66 (contrairement à l'édition plus ancienne). *Giacometti:* dans la Schweiz. Juristen-Zeitung, vol. 31, pp. 257 et suiv. et 369 et suiv. *Schindler:* Schweiz. Juristen-Zeitung, vol. 31, pp. 305 et suiv. Des ordonnances fondées sur une compétence indirecte ont déjà été édictées sous le régime de la Constitution de 1848 (voyez *Marti:* op. cit., p. 13).

en parle souvent comme s'il s'agissait d'une sorte de droit avant tout coutumier.[13]

Les autorités fédérales, en tant qu'elles ont exprimé leur avis, fondent cependant cette pratique non sur le droit coutumier, mais sur un droit d'ordre constitutionnel. C'est ainsi que, dans une consultation du 21 janvier 1902, le Département fédéral de justice et police a exprimé l'avis que l'article 102, chiffres 1 à 5, de la Constitution fédérale institue *un pouvoir d'édicter des ordonnances qui appartient au seul Conseil fédéral* en tant qu'autorité exécutive constitutionnelle *(selbständige Verordnungsgewalt)*. La délégation ne serait, selon cette manière de voir que la délimitation à laquelle l'Assemblée fédérale devrait procéder, dans chaque cas particulier, pour déterminer ce qui devrait être mis dans la loi et ce qui devrait être laissé à l'ordonnance d'exécution. Ce point de vue a également été partagé par la majorité de l'Assemblée fédérale.[14]

De l'avis des autorités fédérales, avis tel qu'il ressort de la consultation du département précité et qui a été approuvé par l'Assemblée fédérale, la délégation législative n'est donc pas, pour user des termes mêmes de la dite consultation «ein bestimmter Auftrag, etwas für einen andern vorzunehmen. Sie bedeutet vielmehr nur eine durch die Legislative vorgenommene Ausscheidung dessen, was der Normierung durch das selbständige Verordnungsrecht der Exekutive überlassen wird. Dieses Verordnungsrecht umfasst auch Rechtsverordnungen». Cette manière de voir correspond à beaucoup d'égards à notre point de vue, exposé au chapitre II.[15] Elle le dépasse néanmoins puisqu'elle admet manifestement que les ordonnances édictées par le Conseil fédéral en vertu de la délégation doivent être considérées non comme des ordonnances fondées sur une compétence indirecte (cf. p. 33, note 4), mais comme une émanation de la compétence de l'exécutif lui permettant d'édicter constitutionnellement des ordonnances de son propre chef *(selbständige Verordnungskompetenz)*, cette compétence n'étant déterminée d'une façon plus précise que par le contenu et la portée de la latitude laissée au gouvernement par la loi à exécuter.

---

13 *Giacometti:* Ueber das Rechtverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaate (Festgabe Fleiner 1927), pp. 390 et 398. *Schneider:* Die Verordnung im Rechtsstaat, pp. 70 et suiv.

14 *Salis:* Vol. II, n° 376 a, vol. III, n° 1372, particulièrement, pp. 703 et suiv.

15 Elle correspond également en partie à la manière de voir de *Duguit:* Traité vol. II, p. 144; *Carré de Malberg:* Th. gén. de l'Etat, vol. I, pp. 475/476, 580/581. *Jellinek:* Gesetz und Verordnung, pp. 123 et suiv. D'un autre avis sont en revanche *Fleiner:* Bundesstaatsrecht, p. 414 et *Burckhardt:* Kommentar, p. 666; celui-ci admet cependant dans certaines limites le «selbständiges Verordnungsrecht». *Giacometti:* Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation, p. 32. (Mais voyez cependant son ouvrage Staatsrecht der Kantone, p. 495); *Masnata:* La délégation de la compétence législative, Thèse Lausanne 1942, p. 68, *Müller*, p. 111 et suiv.

Quoi qu'il en soit, cette conception officielle ne voit également pas dans la délégation un «décalage» de compétence. Le pouvoir d'édicter des ordonnances législatives *(Rechtsverordnungskompetenz)* appartient ainsi ipso jure au Conseil fédéral en tant qu'autorité exécutive constitutionnelle pour laquelle aucune délégation n'est nécessaire. «Keine Delegation ist hiefür notwendig», dit la consultation précitée du Département fédéral de justice et police. Ainsi, ce qu'on appelle «délégation» n'est en somme, d'après cette pratique, que l'ordre donné par le législatif à l'exécutif d'édicter une ordonnance d'exécution, dans la mesure où cette dernière doit rendre la loi plus concrète ou, autrement dit, la spécialiser. Mais si le Conseil fédéral se fonde généralement sur une délégation, il ne le fait pourtant pas toujours, alors même que la loi, pour l'exécution de laquelle il édicte une ordonnance législative, contient une clause à cet effet.[16]

La conception selon laquelle l'activité déléguée au Conseil fédéral ne dérive également pas d'une quelconque transmission de droits ou d'attributions, mais résulte d'un droit lui appartenant en propre, correspond non seulement à l'idée de l'indépendance de l'exécutif dans un Etat régi par le droit et reposant sur le principe de la séparation des pouvoirs, mais aussi à l'idée de l'autonomie des fonctions du pouvoir exécutif. Même dans le cas où le cadre de son activité est délimité par une discrimination établie par le pouvoir législatif définissant quelles sont les dispositions qui doivent figurer dans la loi et quelles sont celles qui doivent être laissées à l'ordonnance, cette dernière ne doit pas, d'après la pratique décrite des autorités fédérales, perdre son caractère d'acte législatif indépendant. Cela ne signifie naturellement pas que l'exécutif puisse, par ses ordonnances législatives, *modifier du droit légal.* Nous reviendrons plus en détail à ce sujet dans le § 9.

Savoir si l'ordonnance législative prise en vue d'exécuter une loi *(vollziehende Rechtsverordnung)* doit être considérée comme édictée en vertu d'un droit appartenant en propre au Conseil fédéral ou non, ne nous importe pas juridiquement, car la conséquence pratique la plus décisive, c'est-à-dire l'examen par les autorités appliquant l'ordonnance en cause, est donnée dans les deux cas. C'est notamment l'ordonnance fondée sur une délégation qui est en tout cas soumise, quant à son contenu, à l'examen, aux fins de déterminer si elle se tient dans les limites de la loi délégatoire et ne dépasse pas le mandat accordé par la loi.

L'on peut déduire de cette conception qu'en droit fédéral *l'acte délégatoire* peut non seulement revêtir la forme d'une loi, c'est-à-dire

---

[16] Par ex. l'ordonnance d'exécution relative à l'article 55 de la loi fédérale du 18 juin 1923 sur les loteries et les paris professionnels; ou l'article 68 de la loi fédérale sur le droit de timbres du 4 octobre 1917, en liaison avec l'ordonnance d'exécution y relative (RO *34*, 61, 247).

d'une loi fédérale ou d'un arrêté fédéral de portée générale, mais que des délégations peuvent être accordées également par des *ordonnances de l'Assemblée fédérale*, tout particulièrement par des arrêtés fédéraux de portée générale munis ou non de la clause d'urgence.[17] Mais, comme nous l'avons déjà exposé au § 3, l'ordonnance est un acte administratif. L'Assemblée fédérale n'est donc, lorsqu'elle édicte des ordonnances, même si ce sont des ordonnances législatives, non pas pouvoir législatif, mais *autorité administrative suprême*. Comme telle elle n'a pas besoin d'accorder de délégations dans le sens de «transmissions de compétence», mais peut donner des instructions et des ordres aux autorités administratives qui lui sont hiérarchiquement subordonnées.

De toute façon, la délégation accordée au moyen d'une ordonnance délégatoire comme c'est le cas de l'arrêté fédéral de portée générale muni de la clause d'urgence, ne constitue pas une délégation législative, du moins pas au *sens formel*. Cette délégation n'est donc pas une «Ausübung der Gesetzeskompetenz», comme le soutient l'Ecole de Laband.[18]

Nous avons déjà relevé que la pratique de l'Assemblée fédérale avait érigé sa compétence constitutionnelle d'édicter de son propre chef des ordonnances législatives en un *droit de nécessité général*, droit qu'elle délègue dans la règle par une «ordonnance de cadre» ou de «blanc-seing» au Conseil fédéral. Ces délégations constituent, dans l'essentiel, tout le contenu des ordonnances de nécessité de l'Assemblée fédérale.

En voici quelques exemples.

L'arrêté fédéral d'urgence et de portée générale, concernant *les mesures contre le phylloxera*, du 21 février 1878, (RO *3*, 319) qui autorise le Conseil fédéral à organiser la surveillance des vignobles et les perquisitions pour la recherche du phylloxera, ainsi qu'à prendre les mesures nécessaires contre sa propagation et à édicter des pénalités contre les contrevenants.

L'arrêté fédéral d'urgence et de portée générale, concernant la *dérivation, à l'étranger, de forces hydrauliques*, du 31 mars 1906 (RO *22*, 171). Le but de cet arrêté était notamment d'assurer au pays les forces hydrauliques nécessaires à la production de notre énergie électrique. Aussi, le Conseil fédéral fut-il autorisé à établir les prescriptions nécessaires. La durée de validité de cet arrêté fut limitée à trois années,

---

17 *Marti:* Op. cit. (p. 103 à 104) n'admet une telle délimitation de compétence *(«Kompetenzabgrenzung»)* qu'au moyen d'actes législatifs soumis au referendum. Selon notre manière de voir, tel n'est pas le cas puisqu'il ne s'agit que de fixer d'une manière plus précise les tâches de l'exécutif ou, en d'autres termes, la marge de latitude laissée à celui-ci.

18 *Anschütz:* Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, pp. 18 et suiv. Kritische Studien, p. 87.

mais prorogée en 1909 jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi fédérale qui ne vit le jour qu'en 1916.

Ces deux arrêtés se fondent sur l'article 2 de la Constitution fédérale, article que les autorités fédérales considèrent, nonobstant le fait que ce point de doctrine n'a pas encore été tranché de manière définitive par la science juridique, comme étant l'article constitutionnel par excellence pour conférer au Conseil fédéral les pouvoirs nécessaires lui permettant d'exercer son activité législative extraordinaire *(Kompetenzartikel)*.[19]

En revanche, l'ordonnance de nécessité qui suivit dans le domaine de l'électricité, à savoir l'arrêté extraordinaire muni de la clause d'urgence, du 23 décembre 1921, concernant *l'approvisionnement du pays en énergie électrique* pour les cas de pénurie (RO *37*, 889) pouvait déjà être fondé sur l'article constitutionnel 24bis, admis entre temps (en 1908) et qui fut consacré par la loi fédérale du 22 décembre 1916 (RO *33*, 191).

Les délégations les plus étendues qui furent accordées par l'Assemblée fédérale en recourant à ce droit de nécessité général exercé par voie d'ordonnance, dont il a été question, sont celles de l'arrêté fédéral extraordinaire muni de la clause d'urgence, du 3 août 1914, concernant les *mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité* (RO *30*, 347), de l'arrêté fédéral extraordinaire muni de la clause d'urgence, du 14 octobre 1933, concernant les mesures de défense économique contre l'étranger (RO *49*, 831), de celui du 29 septembre 1936 sur les mesures extraordinaires d'ordre économique (RO *52*, 766), de la loi fédérale du 1er avril 1938, tendant à assurer le pays en marchandises indispensables (RO *54*, 309), des arrêtés fédéraux du 13 octobre 1933 (RO *49*, 859) et du 31 janvier 1936 concernant de nouvelles mesures extraordinaires destinées à rétablir l'équilibre des finances fédérales (RO *52*, 17) (Programmes financiers I et II), et finalement, de l'arrêté fédéral du 30 août 1939, sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité (RO *55*, 781), par lequel de nouveaux pouvoirs extraordinaires furent accordés au Conseil fédéral en raison de l'ouverture des hostilités en Europe.

L'Assemblée fédérale fit également usage, pour déléguer des pouvoirs, du *droit de nécessité spécial* que lui réserve l'article 29, dernier alinéa, de la Constitution fédérale. Citons comme exemple l'arrêté fédéral extraordinaire muni de la clause d'urgence du 18 février 1921, concernant la modification provisoire du tarif douanier (RO *37*, 129).

---

[19] *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 43. *Burckhardt:* Kommentar, p. 10. *Giacometti:* Ueber das Rechtsverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaate (Festgabe Fleiner 1927), p. 374.

Comme le paiement de droits douaniers représente un impôt et non un émolument ou une taxe, cet arrêté accorde en fait au Conseil fédéral l'autorisation de légiférer. L'on peut être en revanche d'un autre avis au sujet de l'arrêté fédéral muni de la clause d'urgence, du 23 décembre 1914, concernant certaines mesures tendant à l'augmentation immédiate des recettes de la Confédération (RO *30*, 678), qui autorise le Conseil fédéral à relever la taxe d'exemption du service militaire. Si l'on considère cette dernière comme un impôt, nous serons en présence d'une ordonnance législative *(Rechtsverordnung)*, mais si l'on admet qu'elle représente à proprement parler une taxe, nous serons en présence d'une ordonnance administrative *(Verwaltungsverordnung*, cf. p. 22, note 34).

D'autre part, l'Assemblée fédérale a délégué des pouvoirs non seulement au moyen d'ordonnances de nécessité générales ou spéciales, mais aussi par la voie d'ordonnances législatives fondées sur une compétence indirecte (*unselbständige Rechtsverordnungen*, cf. p. 33). C'est ainsi que des *normes conférant une délégation* sont parfois contenues dans des arrêtés fédéraux *simples*, qui sont du reste également une forme dans laquelle l'Assemblée fédérale peut édicter des normes juridiques (voyez notre § 7). C'est ainsi que l'article 4 de la loi fédérale du 24 juin 1910 sur l'interdiction de l'absinthe (RO *26*, 899) dispose en ce qui concerne le paiement des indemnités, que: «Le droit a ce dédommagement, les conditions auxquelles il peut être soumis, l'étendue de l'indemnité et le mode de procéder à sa fixation seront déterminés par un arrêté fédéral.» Cet arrêté fut édicté le 22 décembre 1910 sous forme d'un arrêté fédéral simple (RO *27*, 22) dont l'article 11 dispose que «la procédure à suivre par les commissions d'estimation et le Tribunal fédéral sera réglée par une ordonnance du Conseil fédéral». C'est en effet sur cette base que l'ordonnance d'exécution du 7 février 1911 fut édictée (RO *27*, 89).

De même, l'article 122 de la loi fédérale du 13 juin 1911 sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents (RO *27*, 351) confie à l'Assemblée fédérale l'organisation du Tribunal fédéral des assurances et la procédure à suivre par devant ce tribunal; c'est sur cette base que fut édicté l'arrêté fédéral simple du 28 mars 1917 (RO *33*, 535), qui contient non seulement des dispositions administratives, mais aussi des normes juridiques. C'est également en vertu de l'article 177 de cet arrêté (en liaison avec d'autres arrêtés) que fut édicté l'arrêté du Conseil fédéral du 26 décembre 1917, relatif au règlement des contestations en matière d'assurance militaire (RO *33*, 1133).

En ce qui concerne l'impôt fédéral de guerre de 1915, l'article constitutionnel transitoire (sans numéro) admis en votation populaire le 6 juin 1915, remit à un arrêté fédéral soustrait au referendum la

promulgation des prescriptions d'exécution nécessaires.[20] Cet arrêté fut édicté le 22 décembre 1915 comme arrêté fédéral simple (RO *35*, 595) dont l'exécution fut déléguée au Conseil fédéral. Il servit de base à l'ordonnance d'exécution du Conseil fédéral du 30 décembre 1915 (RO *31*, 443).

Ainsi donc, d'après la pratique des autorités fédérales, toute forme dont l'Assemblée fédérale se sert pour édicter des actes législatifs peut également servir pour déléguer au Conseil fédéral, ou à d'autres autorités, par exemple au Tribunal fédéral, la compétence d'édicter des ordonnances législatives *(Rechtsverordnungen)*.

La compétence de l'Assemblée fédérale pour accorder une délégation par voie d'ordonnance, résulte des considérations que nous avons émises lorsque nous avons exposé que de telles ordonnances, même si elles sont législatives, demeurent des actes administratifs. Mais sa qualité d'autorité administrative suprême suffit à l'Assemblée fédérale pour lui permettre de donner — conformément aux principes de la hiérarchie administrative — des instructions aux autorités administratives qui lui sont fonctionnellement subordonnées.

Il s'agit toutefois de savoir si elle ne risque pas, en déléguant la compétence d'édicter des ordonnances législatives *(Rechtsverordnungen)* sans avoir recours à une loi fédérale, de porter atteinte au droit de veto des citoyens, puisqu'elle *soustrait ainsi au referendum* une partie de la législation fédérale. Cette question ne se pose évidemment pas lorsque le décret accordant la délégation est soumis au referendum, ou que l'Assemblée fédérale a été autorisée, par une loi fédérale, à édicter des dispositions d'exécution au moyen d'un arrêté fédéral simple et qu'elle délègue à son tour une partie de cette compétence. Il ne reste par conséquent à examiner que les cas où la délégation est accordée par un arrêté fédéral extraordinaire, muni de la clause d'urgence.[21]

---

[20] De ce fait, la Constitution admit en dérogation du principe traditionnel en matière de législation fiscale, qu'une ordonnance de l'Assemblée fédérale était suffisante et accorda par conséquent à la dite Assemblée un droit constitutionnellement fondé d'édicter, de son propre chef, des ordonnances législatives sur la matière, c'est-à-dire ce que les juristes de langue allemande appellent une «Selbständige spezielle Rechtsverordnungsbefugnis». *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 672. *Giacometti.* Ueber das Rechtsverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaate (Festgabe Fleiner 1927), p. 379.

[21] L'avis des juristes suisses sur l'emploi de la clause d'urgence est partagé tandis qu'il est presque unanime en ce qui concerne le droit de nécessité que nous discuterons dans le prochain chapitre.

Cf. *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, pp. 217 et suiv. et 416 et suiv. *Burckhardt:* Z. f. Schweiz. Recht, nouvelle série 35, pp. 618 et suiv. *His:* dans la même revue, vol. 36, pp. 287 et suiv. *v. Waldkirch:* Die Notverordnung im Schweiz. Bundesstaatsrecht, pp. 15 et suiv. *Giacometti:* Ueber das Rechtsverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaate (Festgabe Fleiner 1927), pp. 375 et suiv.

Notons en passant que *l'emploi de la dite clause* [22] a parfois donné lieu à critiques. Mais ce n'est que dès 1938 que des initiatives tendant à en limiter l'usage ont été déposées. Aucune, cependant, sauf celle soumise à la votation du 11 septembre 1949, n'a obtenu, le succès escompté par ses promoteurs. C'est ainsi qu'une demande d'initiative du parti communiste relative à la modification du referendum facultatif a été rejetée dans la votation poupulaire du 20 février 1938 par 488 195 contre 87 638 voix et par tous les cantons.[23] De même une demande d'initiative visant à étendre la juridiction constitutionnelle (revision de l'art. 113, Const. féd.) fut rejetée dans une votation populaire du 22 janvier 1939 par 347 340 contre 141 323 voix et par tous les cantons.[24] Celle déposée le 11 février 1938 par le comité du «mouvement des lignes directrices», tendant à restreindre l'emploi de la clause d'urgence (modification de l'article 89, Constitution fédérale) [25], fut retirée en faveur d'un contreprojet de l'Assemblée fédérale qui fut accepté par 346 024 voix contre 155 032 et par vingt-et-un cantons contre un.[26] Finalement, celle de l'Union des Indépendants, déposée le 7 avril 1938 [27] et concernant la reglementation constitutionnelle du droit d'urgence, fut aussi rejetée par le peuple.

Ce premier assaut après plus de soixante années d'existence de la Constitution contre la clause d'urgence eut pour seul résultat de provoquer une modification de l'article 89 dans le sens d'un contre-projet de l'Assemblée fédérale, donc d'après les vœux mêmes du pouvoir législatif. A ce propos, il est intéressant de noter que le Conseil fédéral a, dans son message du 29 mai 1874 déjà [28] — donc le jour même où les résultats de la votation sur la Constitution actuelle furent connus — soulevé la question de savoir s'il ne convenait pas de donner une définition légale de la loi fédérale et de l'arrêté fédéral, aux fins d'empêcher qu'à l'avenir l'Assemblée fédérale ne cède à la tentation de soustraire au referendum facultatif un acte législatif par la simple dénomination arbitraire de cet acte et d'en provoquer ainsi l'exécution immédiate. Mais les autorités fédérales qui assistaient alors à la naissance du nouvel état fédératif estimèrent ne pas devoir donner suite à cette idée. Voici

---

22 La question de savoir dans quelles limites doivent se tenir les ordonnances législatives prises en vertu de la délégation (intra, praeter, contra legem) sera discutée au prochain chapitre.

23 Feuille féd. 1938 I, p. 533.

24 Feuille féd. 1939 I, p. 161.

25 Feuille féd. 1938 I, p. 260.

26 Feuille féd. 1939 I, p. 162.

27 Feuille féd. 1938 I, p. 573.

28 Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale accompagnant la loi concernant les votations populaires sur les lois et les arrêtés fédéraux du 29 mai 1874 (RO *I*, 926).

comment le Conseil fédéral s'exprima à ce sujet dans le dit message: «Nous n'avons pas cru devoir donner suite à cette idée, ni inscrire dans la Constitution une définition théorique de la *loi*. Nous estimons que ce n'est pas de cette manière que nous créerions des garanties contre un mode de procédure arbitraire et opposé à l'esprit de la Constitution, car une définition quelque bonne qu'elle soit est toujours sujette aux interprétations dès qu'il s'agit de l'appliquer à un cas douteux. Ces garanties nous les trouvons dans l'Assemblée fédérale elle-même, dans l'accord nécessaire des deux conseils et dans l'opinion publique du peuple suisse.»

Bien que l'article 89 modifié dans le sens du contreprojet mentionné ci-haut ne décrive pas d'une manière précise ce qu'il faut entendre par l'état d'urgence, il n'a jamais été sérieusement mis en doute que cette notion implique l'idée d'une durée temporaire, ce qui résulte d'un simple examen des origines de cet article. Les autorités fédérales n'ont d'ailleurs pas manqué de s'en tenir à ce principe et ce n'est que durant la crise économique qui sévit à partir de 1930 que, dans certains cas particuliers, l'urgence a été considérée non seulement comme étant uniquement limitée dans le temps, mais également comme un élément matériel de l'acte législatif. La rapidité extraordinaire avec laquelle notre pays a dû s'adapter à cette époque de crise, la nécessité de *réglementer sans cesse* la vie économique, ainsi que l'assainissement, avec l'aide de l'Etat, de banques et d'entreprises industrielles, ont empêché que, faute de temps, la forme des actes législatifs n'a pas toujours pu être suffisamment examinée. C'est ainsi que, durant cette période, divers arrêtés concernant des mesures d'ordre financier ont été inutilement édictés sous forme d'arrêtés fédéraux extraordinaires munis de la clause d'urgence.[29]

Le Conseil fédéral n'a jamais élevé d'objection contre l'idée que la clause d'urgence n'était que temporaire. Dans son rapport à l'Assemblée fédérale sur l'initiative (rejetée d'ailleurs) pour l'extension de la juridiction constitutionnelle [30], de même qu'en ce qui concerne les initiatives suivantes, il ne s'est pas écarté de cette conception, de sorte que le contreprojet rédigé par lui à propos de l'initiative des lignes directrices, contreprojet accepté par les Chambres fédérales, et par une écrasante majorité du peuple, n'apporta rien de nouveau, puisque les arrêtés fédéraux de portée générale munis de la clause d'urgence y

---

[29] Exemples d'arrêtés fédéraux instituant des mesures d'assainissement: AF du 13 avril 1933, concernant la participation de la Confédération à la reconstitution du capital actions de la *Banque d'escompte suisse de Genève* (RO *49*, 255); AF du 22 juin 1934, concernant la réduction du capital social de la *Sté coop. fiduc. de la broderie* (RO *50*, 516); AF du 8 décembre 1933, concernant la participation de la Confédération au capital social de la *Banque populaire suisse* (RO *49*, 999).

[30] Feuille fédérale 1937, III, pp. 21/23.

sont définis comme arrêtés «dont l'application ne peut souffrir les retards qu'entraîne un referendum facultatif».

Même la phrase alors nouvellement introduite: «la durée de validité des arrêtés fédéraux urgents doit être limitée» n'est que la conclusion logique tirée du fait de l'exclusion temporaire du referendum, due au manque de temps. L'arrêté fédéral muni de la clause d'urgence règle une situation provisoire. Cela n'exclut cependant pas qu'à expiration de sa durée de validité un tel arrêté puisse être prorogé en recourant de nouveau à la clause d'urgence si, à ce moment-là, les circonstances l'exigent. A cet égard, la pratique des autorités fédérales de ces dernières années n'a pas été très stricte [31], ce qui est dû en partie au fait que le droit formel d'urgence a souvent dû être lié au droit matériel de nécessité et qu'en outre les conditions prévues pour l'un et pour l'autre ne peuvent pas toujours être facilement considérés séparément. L'exigence de la durée limitée des arrêtés fédéraux munis de la clause d'urgence a été mise en évidence avec toute la netteté voulue et dans toute sa rigueur dans l'article 89 tel qu'il avait été revisé à la suite du contreprojet précité.

Finalement, la nouvelle prescription destinée à rendre plus difficile l'emploi de la clause d'urgence, et qui exigeait que l'acte législatif soit accepté à la majorité absolue et non plus relative de tous les membres de chacun des Conseils, n'était pas une innovation de grande importance, si l'on considère que, de 80 arrêtés fédéraux urgents édictés pendant les années de crise, 47 ont été adoptés en votation finale par les deux Conseils unanimes, et 16 votés presque à l'unanimité. La clause d'urgence elle-même fut adoptée sans opposition dans 64 cas (4/5 des arrêtés).[32]

Les choses en étaient là lorsque, à la suite de l'initiative «pour le retour à la démocratie directe», le 11 septembre 1949, le peuple suisse *accepta* par 280 755 oui contre 272 599 non et 11 cantons et 3 demi-cantons contre 8 cantons et 2 demi-cantons (cf. *Feuille fédérale,* 1949, vol. II, p. 586) l'abrogation de l'article 89, 3e alinéa, de la Constitution et son remplacement par un article 89*bis* dont la teneur est la suivante:

«Les arrêtés fédéraux de portée générale dont l'entrée en vigueur ne souffre aucun retard peuvent être mis en vigueur immédiatement par une décision prise à la majorité de tous les membres de chacun des deux conseils; leur durée d'application doit être limitée.

Lorsque la votation populaire est demandée par trente mille citoyens actifs ou par huit cantons, les arrêtés fédéraux mis en vigueur d'urgence perdent leur validité un an après leur adoption par l'Assem-

---

31 *Giacometti:* Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, p, 54, en donne quelques exemples.

32 Feuille fédérale, 1938, I., p. 722.

blée fédérale s'ils ne sont pas approuvés par le peuple dans ce délai; ils ne peuvent alors être renouvelés.

Les arrêtés fédéraux mis en vigueur d'urgence qui dérogent à la constitution doivent être ratifiés par le peuple et les cantons dans l'année qui suit leur adoption par l'Assemblée fédérale; à ce défaut, ils perdent leur validité à l'expiration de ce délai et ne peuvent être renouvelés.»

Même s'il faut reconnaître que le danger d'un emploi abusif de la clause d'urgence a ainsi été affaibli par le nouvel article 89*bis*, il faut néanmoins relever que la garantie d'un emploi convenable de la dite clause ainsi que du recours au droit de nécessité qui sont si intimement liés à la délégation législative, ne réside pas dans des dispositions légales savamment dosées, mais bien dans la personnalité et le sentiment de responsabilité des autorités. Cette responsabilité n'est d'ailleurs pas illusoire puisque la durée limitée du mandat accordé à nos députés aux Chambres fédérales permet au peuple suisse de tirer les conséquences des manquements de ses mandataires.

§ 9. Le contenu et la portée de la délégation législative

L'autorité qui édicte une ordonnance législative *(Rechtsverordnung)* en vertu d'une délégation — peu importe que la norme de cette dernière constitue une loi au sens formel ou seulement au sens matériel — est liée par la *lex delegationis*. Nous sommes donc en présence d'une *législation spéciale par voie d'ordonnances dont la portée est déterminée dans chaque cas particulier.*

Cela ne signifie toutefois pas que la délégation doive avoir pour seul but la promulgation, par voie d'ordonnances, de normes juridiques se rapportant à des objets nettement définis. Elle peut, selon le contenu de la *lex delegationis*, régler également toute une matière, voire toute une activité vitale de l'Etat. Elle peut donc, dans ce sens, être *générale.*

La clause relative à *l'exécution* ne donne ordinairement aucune indication précise sur le contenu et la portée de l'activité déléguée. C'est en général à l'ensemble du contenu de l'acte législatif accordant la délégation, donc à la latitude laissée à l'organe délégué, qu'il faut se référer. La «clause de délégation» a, le plus souvent, la teneur stéréotypée suivante:

«Le Conseil fédéral est chargé d'assurer l'exécution de la présente loi.»[33]

«Le Conseil fédéral édictera les prescriptions nécessaires à son exécution.»[34]

---

[33] Par ex. art. 19, Tit. fin. du Code des obligations.

[34] LF sur les banques et les caisses d'épargne, du 8 novembre 1934 (RO *51*, 121) art. 56.

«Le Conseil fédéral ...édictera les ordonnances nécessaires en vue de son exécution.»[35]

Plus rares sont les *prescriptions d'exécution nettement spécialisées* pour une matière donnée. Un exemple typique de ce genre nous est fourni par la *loi fédérale du 15 mars 1932, sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles.* (RO *48*, 525). Déjà l'article premier de cette loi contient deux prescriptions d'exécution spéciales: il laisse en effet à l'ordonnance d'exécution le soin de définir les catégories de véhicules automobiles mentionnées dans la loi et accorde la compétence au Conseil fédéral de «prescrire des dérogations à la loi» en ce qui concerne la circulation sur les routes. L'article 2 laisse au Conseil fédéral le soin de déclarer quelles sont les routes ouvertes au grand transit. L'article 7 charge le Conseil fédéral d'édicter les prescriptions relatives aux propriétés techniques des véhicules, ainsi qu'au genre et à l'étendue de l'expertise. Les articles 9, 10, 16 et 18 en font de même en ce qui concerne les examens pour l'obtention du permis de conduire, les plaques de contrôle et les permis pour les véhicules et conducteurs étrangers ainsi que les signes à donner par la police de la circulation et par les conducteurs.

L'article 17 prescrit même que jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi fédérale réglementant le repos des conducteurs, le Conseil fédéral assurera, *par un arrêté*, soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale, un repos convenable à tous les conducteurs professionnels; les articles 22 et 23 permettent, en revanche, au Conseil fédéral de statuer par *ordonnance* des exceptions quant aux bandages et au poids maximum des véhicules.

L'article 69 finalement, confie au Conseil fédéral non seulement le soin «d'arrêter les mesures d'exécution de la présente loi», mais «notamment» de régler encore «par voie d'ordonnance[36] un certain nombre de points spéciaux énumérés sous lettres a à p du dit article. En fin de compte ce même article spécifie encore que le Conseil fédéral «arrête aussi les dispositions transitoires nécessaires», qu'il est «autorisé, en tant que ce sera nécessaire, à édicter des prescriptions uniformes, pour la circulation locale», ainsi qu'à prendre les mesures «reconnues nécessaires en exécution d'accords internationaux».

Cette loi constitue ainsi un modèle d'acte législatif délimitant une activité exécutive très spécialisée du Conseil fédéral et cela non seulement par rapport au contenu et à la portée des actes à édicter, mais également en ce qui concerne leur forme.

---

[35] LF concernant le droit de timbre sur les coupons, du 25 juin 1921 (RO *37*, 699) art. 19.

[36] Le texte allemand parle de «Vorschriften».

Le droit fédéral ne connaît pas de terminologie précise pour désigner les différents actes législatifs édictés par le pouvoir exécutif. Les expressions «ordonnances», «ordonnance d'exécution», «arrêté du Conseil fédéral», sont le plus souvent utilisées les unes pour les autres. L'on peut entendre par ces dénominations tant des «ordonnances administratives (*Verwaltungsverordnungen*, cf. p. 22, note 34) que des «ordonnances législatives» *(Rechtsverordnungen)*.[37] La loi fédérale précitée sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles réserve la réglementation des heures de repos, donc un point de détail, à un arrêté du Conseil fédéral, car il exige, pour cette réglementation, l'approbation de l'Assemblée fédérale, ce qui n'est pas le cas des autres dispositions d'exécution. Cette ordonnance ne devait pas être édictée dans le cadre des autres dispositions d'exécution, mais par un acte législatif spécial dont l'importance a été relevée en lui prescrivant la forme d'arrêté du Conseil fédéral, car il s'agit en l'espèce d'une matière qui appartient au droit civil (contrat de travail).

C'est à juste titre qu'il est en outre question ici de «mesures d'exécution» lorsqu'il peut s'agir soit d'un arrêté du Conseil fédéral, soit d'ordonnances ou de simples prescriptions.[38]

L'exemple fourni par la disposition d'exécution de l'article premier de la loi précitée, qui accorde la compétence au Conseil fédéral de prescrire des dérogations à la dite loi en ce qui concerne la circulation sur les routes, pose la question de la limite de la délégation ainsi accordée par l'Assemblée fédérale et notamment celle de savoir si les ordonnances législatives *(Rechtsverordnungen)* du pouvoir exécutif peuvent en vertu même de cette délégation contenir des règles *praeter legem* ou même *contra legem.*

Il va sans dire que l'exécution de lois et d'arrêtés fédéraux par le Conseil fédéral, puisque cette fonction est exercée en vertu de la Constitution, ne nécessite aucun mandat spécial de la part du législateur. Ce dernier ne serait d'ailleurs pas compétent pour l'octroi d'un tel mandat. Le mandat figurant dans un décret de l'Assemblée fédérale par lequel le Conseil fédéral est chargé d'exécuter une loi peut par conséquent être compris tout d'abord dans le sens d'instructions spéciales données au pouvoir exécutif, pour lui indiquer les dispositions pour lesquelles des prescriptions complémentaires devront être édictées et fixant en outre le sens et la portée de ces dernières. Si toutefois la clause relative à l'exécution ne contient pas d'instructions spéciales et charge simplement, par une formule générale, le Conseil fédéral de l'exécution de l'acte en question, on peut alors dire que l'on est en présence d'un simple *mandat général* par lequel l'exécution peut éga-

---

[37] *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 413.

[38] *Bohrer:* Verhältnis von Verordnung und Verfügung. Thèse, Zurich 1922.

lement comporter la promulgation de *normes juridiques* qui ne doivent *pas uniquement viser la stricte exécution des principes juridiques déjà contenus dans le décret de l'Assemblée fédérale, mais qui peuvent également comprendre des idées juridiques nouvelles et utiles pour cette exécution (praeter legem).*[39]

En outre, le Conseil fédéral possède dans ce cas encore la compétence de prévoir, par des *peines de police*, des sanctions contre les infractions aux règles contenues dans l'ordonnance d'exécution. En revanche, il ne peut prévoir des peines d'ordre criminel que si la norme accordant la délégation lui donne expressément cette compétence (ATF 63 I 326 et suiv.). En effet, seule la Confédération peut légiférer en matière de droit pénal (Const. féd., art. 64*bis*). Le Conseil fédéral peut de même, dans le cadre d'une ordonnance d'exécution, prévoir des *émoluments* si leur perception résulte de l'application de la loi, mais pas de nouveaux impôts ou des contributions de droit public, car la fixation de ceux-ci est, en vertu du droit public fédéral, de la compétence de l'Assemblée fédérale.[40]

La promulgation de dispositions *contra legem*, c'est-à-dire de dispositions qui dérogent au droit légal, doit cependant se fonder sur une autorisation expresse accordée par l'autorité délégatrice comme c'est par exemple le cas de l'article premier de la loi fédérale précitée sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles. A défaut d'une telle autorisation, une clause générale ne permet d'édicter que des dispositions exécutives et de celles remplaçant la loi *(gesetzesvertretende Bestimmungen)*, donc *intra* et *praeter legem*.[41] Des exemples de lois qui accordent à l'organe d'exécution une très grande latitude pour édicter des *ordonnances remplaçant la loi* sont entre autres:

la loi fédérale du 8 décembre 1905, sur le commerce des denrées alimentaires (RO *22*, 301) dont l'article 54 contient une clause exécutoire très générale sur la base de laquelle furent édictées plus d'une douzaine d'ordonnances[42], et la loi fédérale du 13 juin 1928, sur la lutte contre la tuberculose (RO *44*, 785) (art. 8 et 18).

Il résulte des considérations émises plus haut, que l'acte délégatoire peut aussi être une loi accordant des *pleins pouvoirs généraux (Blankettgesetz)*, c'est-à-dire une loi qui ne contient aucune disposition matérielle relative à l'objet sur lequel il doit être légiféré, mais qui charge l'organe exécutif d'édicter également des normes juridiques sur

---

[39] *ATF* 38 I, 125. *Giacometti:* Rechtsverordnungsrecht, p. 394.

[40] *Marti:* Op. cit., pp. 107 à 108.

[41] *Burckhardt:* Kommentar, p. 668, *Giacometti:* Ueber das Rechtsverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaate (Festgabe Fleiner 1927), p. 393.

[42] La dernière est celle du 26 mai 1936 qui ne compte pas moins de 490 articles (RO *52*, 399).

cet objet. A l'encontre des autorités fédérales[43], le professeur *Giacometti* est d'avis qu'une norme conférant des pleins pouvoirs *(Blankettrechtssatz)*, ne peut pas figurer dans une loi fédérale, mais seulement dans une ordonnance législative fondée sur une compétence directe (cf. p. 33, note 4), donc avant tout dans une ordonnance de nécessité («in einer selbständigen Rechtsverordnung, also vor allem in einer Notverordnung»).[44] Les lois fédérales étant soumises au referendum facultatif, il ne leur serait donc pas possible de déléguer à l'organe exécutif la compétence de promulguer de nouvelles normes juridiques en dehors de celles contenues dans la loi délégatoire et de les soustraire ainsi au referendum. Le fait qu'aucun referendum n'a été demandé contre la loi délégatoire ne signifierait pas que le citoyen renonce à son activité législative, une telle renonciation générale étant d'ailleurs juridiquement impossible.

Si l'on admet ce point de vue, il résulte que non seulement les lois conférant les pleins pouvoirs généraux *(Blankettgesetz)* seraient inadmissibles, mais qu'il en serait de même de toute délégation contenue dans une loi fédérale qui laisse aux organes d'exécution le soin d'édicter des normes juridiques *praeter legem*. Mais le professeur Giacometti n'en déduit pas cette conséquence. Avec beaucoup d'adresse, il déclare auparavant que l'ordonnance législative fondée sur une compétence indirecte (*unselbständige Rechtsverordnung*, cf. p. 33, note 4) peut non seulement être une ordonnance d'exécution, mais également une ordonnance propre à remplacer la loi *(gesetzesvertretende Verordnung)*.[45] Le pouvoir édictant l'ordonnance législative pourrait, sur la base de la compétence à lui accordée par la délégation, conclure que cette compétence lui a été donnée tacitement, sinon le but d'alléger la loi de dispositions de détail ne pourrait pas être atteint. Toutefois, aux pages suivantes, le professeur Giacometti nous dit que «die kraft Delegation durch Bundesgesetz oder allgemein verbindlichen Bundesbeschluss nicht dringlicher Natur erlassenen Rechtsverordnungen ... dürfen sich ... im Gegensatz zu den auf Grund eines allgemeinverbindlichen dringlichen Bundesbeschlusses oder einer andern selbständigen Rechtsverordnung ergangenen Rechtsverordnungen nicht *praeter legem* bewegen, sondern haben sich *intra legem* zu halten».

Mais une telle situation ne risque-t-elle pas de conduire à une paralysie de l'activité législative, puisque même un pouvoir législatif qui siégerait en permanence ne viendrait pas à bout, surtout en temps

---

[43] Cf. Bull. Sténogr. du Conseil des Etats 1916, pp. 54 et suiv.

[44] *Cf. Giacometti*: Ueber das Rechtsverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaate (Festgabe Fleiner 1927), p. 394.

[45] *Giacometti:* Ueber das Rechtsverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaate (Festgabe Fleiner 1927), p. 393.

agités, d'une telle production législative? Nous faisons en outre abstraction du fait que pratiquement il n'est guère facile d'établir si, dans un cas concret, une ordonnance législative *(Rechtsverordnung)* se meut dans les limites *intra* ou *praeter legem.*

Il faut en revanche se demander dans quelles conditions — si et quand — des ordonnances *dérogatoires* au droit *(gesetzesverändernde Verordnungen)* peuvent être édictées en vertu d'une norme délégatoire. A ce sujet, le professeur Giacometti nous semble trop généraliser les choses lorsqu'il admet qu'un arrêté fédéral déclaré urgent qui ne délimite que le cadre de l'activité déléguée ou accorde des pleins pouvoirs *(Rahmen- oder Blankettvorschriften)* entraîne *ipso jure* l'autorisation, pour le Conseil fédéral, de modifier des lois.[46] Il s'agit là tout spécialement *d'ordonnances de nécessité.*

L'histoire de la Constitution actuelle nous enseigne que les autorités fédérales ont reconnu très tôt le droit de nécessité [47], c'est-à-dire le principe qu'en cas de nécessité des mesures extraordinaires pouvaient être prises. Nous nous bornons à renvoyer à l'arrêté fédéral du 20 juin 1879 concernant l'application provisoire de la loi du 20 juin 1879 portant des augmentations de péages sur certains articles (RO 4, 179) et à celui du 31 mars 1906 concernant la dérivation, à l'étranger, de forces hydrauliques suisses (RO 22, 171).

Les prescriptions de *forme* du droit de nécessité sont fixées constitutionnellement par l'article 89, 2e alinéa, de la Constitution fédérale, article qui, comme nous l'avons déjà exposé au premier paragraphe de ce chapitre, institue un droit *général* de nécessité en faveur de l'Assemblée fédérale. C'est du moins dans ce sens que, par la pratique des autorités fédérales, le droit de nécessité a évolué dès les débuts de la Constitution actuelle, ainsi que nous l'avons également déjà noté. La doctrine est d'ailleurs en général d'accord sur ce point.[48]

Quant au *contenu* des ordonnances de nécessité, les autorités fédérales ont de tout temps admis que ces ordonnances pouvaient modifier non seulement des lois fédérales ou les abroger temporairement, mais faire de même en ce qui concerne des dispositions constitutionnelles. Les droits individuels des citoyens, ainsi que la délimitation des attributions normales entre la Confédération et les cantons, sont donc,

---

46 *Giacometti:* Verfassungsrecht, p. 64.

47 Dans certains *décrets cantonaux,* par ex. Const. cant. bernoise, art. 39/2, Bâle-Ville «Polizeistrafgesetz» § 20, 2e al., ce droit de nécessité à même reçu une consécration légale.

48 *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 405. *Giacometti:* Ueber das Rechtsverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaate (Festgabe Fleiner 1947), p. 365. *id.:* Verfassungsrecht, p. 49. *Zoller:* Die Notverordnung, Thèse Zurich, pp. 100 et suiv.

d'après cette pratique, moins bien sauvegardés qu'en ce qui concerne la législation ordinaire.[49]

Le droit de nécessité et son fondement légal sont en dehors de notre sujet. Comme il forme néanmoins la base des délégations générales et spéciales accordées au Conseil fédéral en application précisément de ce droit, force nous est d'examiner brièvement la manière de voir des autorités fédérales à ce sujet.

Le droit de nécessité non écrit trouverait sa justification, pour les dites autorités, dans des considérations d'ordre général partant de l'idée que tant les droits constitutionnels des citoyens que la délimitation des attributions fixées par la Constitution présupposent l'existence même de l'Etat. Que ce dernier s'effondre, il en sera fait des libertés individuelles et des attributions de la Confédération et des cantons. Il est donc évident que la Constitution ne peut conserver des droits individuels et des attributions en mettant l'existence même de l'Etat en jeu. Aussi convient-il, en cas de nécessité, de donner la préférence à la conservation de l'Etat. *Salus rei publicae suprema lex esto.* Si l'Etat peut être sauvé par une atteinte passagère portée à certains droits fondamentaux c'est en fait en vue de leur conservation qu'il en sera momentanément ainsi.

D'après cette manière de voir, il y a donc lieu de ne faire usage du droit de nécessité que *dans des circonstances exceptionnelles*, c'est-à-dire seulement si la chose publique court un sérieux danger, danger ne pouvant être conjuré par aucune des mesures constitutionnelles ou légales ordinaires. Les autorités fédérales admettent que le droit de nécessité est *matériellement limité* à la règle qu'aucun décret de nécessité ne doit s'écarter plus qu'il n'est besoin de la Constitution et des lois fédérales. *La durée de validité* doit, d'autre part, être limitée.[50]

La doctrine suisse a, en général, admis ce point de vue, quoique les considérations varient souvent d'un auteur à l'autre.[51] Voici notre manière de voir.

Toutes les dispositions constitutionnelles sont, à défaut de prescription contraire, *juridiquement* de même rang, c'est-à-dire qu'aucune n'est supérieure à l'autre. Mais *en fait* certaines d'entre elles sont la condition préalable d'autres. Ainsi, le maintien de l'existence de l'Etat

---

[49] *Bull.-Sténogr.:* 1914, Cons. Nat., p. 496; 1917, Cons. des Etats, p. 222; id.: 1920, Conseil des Etats, p. 441. *Burckhardt:* Droit fédéral II, n° 617.

[50] Feuille fédérale 1938, I, 725 et suiv. 1939, I, 540 et suiv.

[51] *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, pp. 217 et suiv., 416 et suiv. *Burckhardt:* Kommentar 465, 668 et suiv. Zeitschr. für Schweiz. Recht, *35*, pp. 618 et suiv. *His* dans la même revue vol. 36, pp. 287 et suiv. *v. Waldkirch:* Notverordnungen, pp. 15 et suiv. *Giacometti:* Ueber das Rechtsverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaate (Festgabe Fleiner 1927), pp. 376 et suiv. *Reber:* Notrecht, pp. 66 et suiv. *Stucki:* Zeitschrift des bern. Juristenvereins *55*, pp. 248 et suiv.

est la condition préalable des droits individuels des citoyens. Si la situation est telle qu'une disposition entre en conflit avec une autre, lorsque par exemple le respect des droits individuels entre en collision avec le maintien de l'existence de la nation, le droit devra alors provisoirement se conformer aux exigences des faits: «die normative Kraft des Faktischen»[52] passe momentanément au premier plan. Sinon l'on aboutirait au «*fiat libertas, pereat civitas*». Le droit de nécessité demeure par conséquent dans les limites du droit positif aussi longtemps qu'il protège l'existence de l'Etat, il le dépasse temporairement lorsque les buts visés par la Constitution ne peuvent être atteints autrement.

On ne peut guère affirmer *a priori* qu'une certaine disposition constitutionnelle *doive* avoir le pas sur l'autre [53]; une telle détermination est du domaine du droit positif. Elle *s'impose* cependant en fait lorsqu'il y a conflit. Juridiquement, on pourrait à la rigueur parler de l'*acte licite* au sens de l'état de nécessité en droit pénal ou civil, admis sitôt qu'il est porté atteinte à des biens ou à des droits précieux. Dans le cas du droit de nécessité de l'Etat, il s'agit de sauver des droits qui sont la condition préalable et le fondement de tous les autres droits, comme la vie humaine est la condition préalable et le fondement de tous les autres droits inhérents à la personnalité. C'est précisément en raison de cet acte licite qu'il ne peut être question d'atteinte portée à la Constitution. La limite du droit de nécessité réside ainsi dans l'emploi des moyens proportionnés au danger. Tout excès dans ce sens constitue une atteinte à la Constitution.

Si les ordonnances de nécessité ont de l'importance pour la délégation législative, cela provient de ce qu'elles sont presque toujours liées à une délégation accordée par l'Assemblée fédérale au Conseil fédéral, autorisant ce dernier à prendre des mesures extraordinaires d'ordre général ou spécial.

La délégation qui va le plus loin dans ce sens est contenue dans l'Arrêté fédéral du 8 août 1914 (début des hostilités de la première guerre mondiale), dont la norme est la suivante (RO *30*, 347):

«L'Assemblée fédérale donne pouvoir illimité au Conseil fédéral de prendre toutes les mesures nécessaires à la sécurité, l'intégrité et la neutralité de la Suisse, à sauvegarder le crédit et les intérêts économiques du pays, et, en particulier, à assurer l'alimentation publique.» Les pouvoirs extraordinaires demeurèrent en vigueur même après que les hostilités eurent pris fin en novembre 1918 et ne furent supprimés que par l'arrêté fédéral du 3 avril 1919. (RO *35*, pp. 259 et suiv.). De

---

52 Expression de M. le prof. *Homberger* dans la Zeitschrift des bern. Juristenvereins, vol. 77, p. 2.

53 Ainsi que *Burckhardt* l'admet au moins comme hypothèse (Zeitschrift für schweiz. Recht 35, pp. 618 et suiv.).

nouveaux pouvoirs extraordinaires furent cependant confiés, à cette occasion, au Conseil fédéral. En effet, l'article premier du dit arrêté, dispose textuellement ce qui suit: «Le Conseil fédéral demeure autorisé à prendre *exceptionnellement* les mesures absolument indispensables *à la sécurité du pays* et à la sauvegarde des intérêts économiques. Les ordonnances édictées en vertu de ces pouvoirs seront portées, accompagnées d'un rapport *circonstancié*, dans la plus prochaine session, à la connaissance de l'Assemblée fédérale qui décidera, si elles doivent rester en vigueur».

Le texte de ce dernier arrêté ne parle plus de pouvoirs «illimités», ni de pouvoirs autorisant à prendre «toutes les mesures.» En outre, nous voyons apparaître pour la première fois l'idée de l'*approbation*, par l'Assemblée fédérale, des mesures prises par le Conseil fédéral, ce qui implique que toute ordonnance édictée en vertu de ces pouvoirs extraordinaires ne serait demeurée en vigueur que si elle avait ultérieurement été approuvée par l'Assemblée fédérale.

La période de la législation extraordinaire par voie d'ordonnances du Conseil fédéral n'a en somme pris fin que par l'arrêté fédéral du 2 octobre 1923 concernant la modification de l'arrêté du 19 octobre 1921 portant suppression des pleins pouvoirs du Conseil fédéral (RO *39*, p. 300). En fait, le retour à la Constitution ne fut qu'apparent, ce qui résulte clairement des ordonnances édictées entre les deux guerres mondiales. C'est ainsi que les ordonnances promulguées en vue de passer à *l'économie de paix* se fondent sur l'arrêté fédéral portant suppression des pleins pouvoirs du Conseil fédéral, du 19 octobre 1921 (RO *37*, p. 743), arrêté qui tout en abrogeant entièrement les pleins pouvoirs accordés au Conseil fédéral le 3 août 1914, l'autorisa cependant à modifier les arrêtés et les ordonnances édictés antérieurement par lui et qui, en tant que la sécurité ou la sauvegarde des intérêts économiques et l'urgence l'exigeaient, n'avaient pas encore été abrogés.

Citons encore, sans entrer dans les détails, l'arrêté fédéral du 29 septembre 1936 (RO *52*, p. 773) sur les mesures extraordinaires d'ordre économique qui accorde au Conseil fédéral, grâce à une clause générale, le droit d'édicter des ordonnances dans le domaine très vaste de l'économie. Ces ordonnances devaient cependant avoir un caractère purement provisoire et le Conseil fédéral devait les soumettre «sans tarder, avec un rapport, à l'Assemblée fédérale, en tout cas avant sa prochaine session et lui proposer de les approuver ou de leur donner une forme définitive». En vertu de ce décret — et d'autres qui suivirent — la législation économique devint en grande partie l'affaire du Conseil fédéral.

La loi fédérale tendant à assurer l'approvisionnement du pays en marchandises indispensables, du 1er avril 1938 (RO *54*, p. 309), accorde,

vu le danger imminant d'une seconde guerre mondiale, des pouvoirs très étendu au Conseil fédéral. Deux jours avant l'ouverture des hostilités en Europe, le *30 août 1939*, l'Assemblée fédérale promulgua un *arrêté fédéral sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité* (RO *55*, p. 781). La clause de délégation contenue dans cet arrêté a la teneur suivante:

«L'Assemblée fédérale donne au Conseil fédéral pouvoir et mandat de prendre les mesures nécessaires pour maintenir la sécurité, l'indépendance et la neutralité de la Suisse, pour sauvegarder le crédit et les intérêts économiques du pays et pour assurer l'alimentation publique.» Remarquons, du point de vue *formel*, que cet arrêté fédéral ne se fonde plus, à l'encontre de celui du 3 août 1914, sur l'article 89 de la Constitution fédérale et qu'il n'est pas pourvu de la clause d'urgence. Du point de vue de la *portée matérielle*, cette dernière norme de délégation est plus *restrictive*. En effet, l'Assemblée fédérale n'accorde plus un pouvoir «illimité» au Conseil fédéral et son décret parle d'ailleurs de «mandat», par quoi le *devoir du délégué* a été nettement mis en évidence. Les pleins pouvoirs accordés par l'Assemblée fédérale ne portent plus sur *toutes* les mesures nécessaires, mais seulement sur les dispositions propres à assurer la sauvegarde des intérêts énumérés. Le mot «intégrité» a en outre été remplacé par celui d'«indépendance».

L'article 4 de l'arrêté fédéral du 3 août 1914 ouvre au Conseil fédéral un «crédit illimité» pour couvrir les dépenses résultant des pouvoirs délégués, avec l'autorisation de contracter les emprunts nécessaires. L'article 4 de l'«arrêté fédéral du 30 août 1939, n'ouvre au Conseil fédéral que «les crédits nécessaires». mais lui donne également l'autorisation de contracter des emprunts. Ici également apparaît la rédaction restrictive de la norme fixant la délégation.

Notons encore que dans le deuxième de ces arrêtés, l'Assemblée fédérale a été appelée à une plus grande collaboration. En effet, le Conseil fédéral n'est pas seulement invité, comme en 1914, à rendre périodiquement compte à l'Assemblée fédérale de l'emploi qu'il a fait de ses pouvoirs illimités, mais à la suite de chaque rapport présenté sur les mesures en question «l'Assemblée fédérale décide si ces mesures doivent être maintenues en vigueur» (art. 5). Un tel contrôle de l'Assemblée fédérale n'a été introduit, en ce qui concerne les mesures fondées sur l'arrêté fédéral du 3 août 1914, que par l'arrêté du 3 avril 1919 limitant les pouvoirs extraordinaires du Conseil fédéral (RO *35*, p. 259), et celui du 19 octobre 1921 portant suppression des pleins pouvoirs du Conseil fédéral (RO *37*, 743). Il n'a toutefois pas été fait usage de ce contrôle.

Finalement, des *commissions permanentes* (commissions des pleins pouvoirs) ont été instituées dans chaque conseil pour examiner

les rapports du Conseil fédéral; ce dernier doit, si possible, les consulter «avant de prendre des mesures importantes» (art. 6 de l'AF du 30 août 1939). Cette collaboration des Chambres fédérales est également une innovation.

La différence entre les deux normes accordant la délégation, normes qui se rapportent pourtant à des situations identiques, est donc marquante. Les pouvoirs accordés ne sont plus «illimités» d'après le dernier arrêté fédéral; le droit pour l'Assemblée fédérale de se prononcer sur le maintien ou l'abrogation de certaines mesures a été nettement mis en évidence.

Mais en fait l'Assemblée fédérale n'a abrogé aucune des mesures prises par le Conseil fédéral en vertu de l'arrêté fédéral de 1914. Même à la suite de l'arrêté du 19 octobre 1921 supprimant les pleins pouvoirs, les arrêtés et ordonnances pris antérieurement par le Conseil fédéral et qui n'avaient pas encore été abrogés par lui furent «provisoirement» maintenus. Ainsi, le Conseil fédéral était à même, en se fondant sur l'arrêté fédéral de 1914, de faire acte de législateur en promulguant des ordonnances dérogeant aux lois fédérales et en modifiant à nouveau ses propres décrets. En d'autres termes, il agissait durant cette période, comme véritable législateur à côté de l'Assemblée fédérale.[54]

La nécessité de ce mode de faire a été jugée comme il suit par le professeur *Fleiner:*

«Nur diese ausserordentlichen Vollmachten haben der Schweiz die politische und wirtschaftliche Existenz in den Stürmen des Weltkrieges gesichert. Ihrer Handhabung durch den Bundesrat verdankt die Schweiz, dass ihre Neutralität strikte aufrecht erhalten und ihre politische Selbständigkeit hat behauptet werden können und dass das Land mit den zu seinem wirtschaftlichen Leben unentbehrlichen Gütern versorgt worden ist.»[55]

Ces paroles nous montrent avec évidence que les restrictions qu'ont dû subir à cette époque les libertés individuelles et les modifications profondes qui furent apportées dans l'ordre des attributions constitutionnelles se justifièrent entièrement. Cet état de chose ne fut d'ailleurs pas particulier à la Suisse, mais fut un phénomène mondial.[56]

Du point de vue purement *juridique*, il y a lieu de faire observer que les attributions et l'activité législatives du parlement, n'ont malgré cet état de choses, subi aucune élimination. L'Assemblée fédérale n'a, durant cette époque, aucunement renoncé à l'exercice de son activité législative; elle s'est notamment occupée de la représentation

---

[54] Cf. également *Burckhardt,* Kommentar, pp. 669/670.

[55] *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 218

[56] *Tingsten:* Les pleins pouvoirs. *Schmitt:* Zeitschrift für ausl. öffentl. Recht, vol. VI, pp. 252 et suiv.

proportionnelle et à également promulgé de nombreux arrêtés, ainsi, par exemple, l'arrêté fédéral du 20 décembre 1916 sur l'élévation de la taxe militaire (RO *32*, 629), l'arrêté fédéral du 27 juin 1917 sur les allocations de renchérissement accordées au personnel de la Confédération (RO *33*, 443), l'arrêté fédéral du 21 décembre 1917 sur la même matière pour l'année 1918 (RO *33*, 113).

Cependant, s'il existait bien, du point de vue *formel*, deux autorités législatives l'une à côté de l'autre, dont les décrets avaient la même force légale. Cette dualité n'existait toutefois pas du point de vue du droit matériel. Car le Conseil fédéral demeura, dans son activité législative, fonctionnellement dépendant de l'Assemblée fédérale, sans même que cette dernière se fût réservé l'approbation expresse des mesures prises par le dit Conseil sur la base des pleins pouvoirs. Cette dépendance de l'exécutif apparaît nettement à l'article 5 de l'arrêté fédéral de 1914, article en vertu duquel le Conseil fédéral était tenu de «rendre compte à l'Assemblée fédérale dans sa plus prochaine session de l'emploi qu'il aura fait des pouvoirs illimités». De cette manière, l'Assemblée fédérale s'est assurée un droit de surveillance particulier (outre la surveillance générale) en ce sens que les «rapports de neutralité» devaient être présentés en dehors des «rapports de gestion» ordinaires et par la suite deux fois par an.[57]

L'Assemblée fédérale aurait donc pu abroger — ce qui n'a été prévu que dans les arrêtés fédéraux des 3 avril 1919 et 19 octobre 1921 — les mesures prises par le Conseil fédéral et qu'elle n'aurait pas voulu approuver. L'on ne peut pas prétendre, dès lors, qu'il existait deux pouvoirs législatifs de même rang fonctionnant l'un à côté de l'autre. *Fleiner* est dans l'erreur, lorsqu'il dit que les rapports de neutralité n'étaient pas traités autrement que les autres rapports du Conseil fédéral.[58] Qu'on nous permette de prouver le contraire, en citant à titre d'exemple l'arrêté fédéral du 16 mars 1916 portant approbation du deuxième rapport du Conseil fédéral sur les mesures prises par lui en vertu de l'arrêté fédéral du 3 août 1914 (RO *32*, 91). Nous ne pouvons faire mieux que d'en citer le texte:

«L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse, après avoir constaté la nécessité de maintenir au Conseil fédéral les pleins pouvoirs qui lui sont attribués par l'arrêté fédéral du 3 août 1914;

ayant entendu le Conseil fédéral lui déclarer qu'il entend faire usage de ces pleins pouvoirs, comme jusqu'à ce jour, pour la sécurité et l'indépendance du pays, pour le maintien de sa neutralité et l'observation de la plus stricte impartialité à l'égard de tous les belligérants,

---

[57] *Burckhardt:* Droit fédéral, vol. II, § 789.

[58] *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 218, n° 7.

ainsi qu'il est dit au paragraphe premier de son ordonnance du 4 août 1914;

ayant ouï que le Général, commandant en chef de l'armée à déclaré, devant les commissions des deux conseils, qu'il a toujours été et reste sur tous ces points d'accord avec le Conseil fédéral;

attendu que ces déclarations obligent tous ceux qui ont mission de veiller sur l'indépendance et la neutralité du pays;

prenant acte de l'engagement pris par le Conseil fédéral de faire rapport à l'Assemblée fédérale, à chaque session, sur les mesures prises par lui en vertu de ses pleins pouvoirs;

décide:

d'approuver le deuxième rapport du Conseil fédéral du 19 février sur les mesures prises par lui en vertu de l'arrêté fédéral du 3 août 1914.»

Les déclarations faites solennellement par le Conseil fédéral et le Général devant l'Assemblée fédérale, à savoir les commissions des deux Conseils, montrent déjà à elles seules que les rapports de neutralité n'étaient pas assimilés à de simples rapports de gestion. Une telle approbation des rapports de neutralité revient, juridiquement, à l'approbation de chaque mesure en particulier, avec la différence qu'elle fut faite «en bloc». Mais par là se manifeste la collaboration de l'Assemblée fédérale à l'activité législative du Conseil fédéral, c'est-à-dire la subordination continuelle de cette activité à la volonté du pouvoir législatif.

L'adaptation de la structure de notre organisme politique à l'économie de guerre et d'après-guerre à partir de 1914 a eu trois conséquences pour notre Etat fédératif:

a) un déplacement du pouvoir en faveur de la Confédération;
b) au sein de la Confédération même, un déplacement du pouvoir en faveur de l'Assemblée fédérale et au détriment du peuple;
c) une plus forte concentration du pouvoir entre les mains du Conseil fédéral.

Ce déplacement du pouvoir en faveur de la Confédération et, au sein de celle-ci, en faveur de l'Assemblée fédérale, s'est opéré par le truchement légal de l'arrêté fédéral extraordinaire muni de la clause d'urgence, plus tard par l'arrêté fédéral de portée générale simple, en tant qu'*ordonnance de nécessité* du parlement. Les pouvoirs extraordinaires délégués au Conseil fédéral le furent au moyen de la *délégation accordant des pleins pouvoirs (Blankettdelegation).*

La délégation de pleins pouvoirs *(Blankettdelegation)* figurant dans l'arrêté fédéral du 3 août 1914 est à la base de toute la réglementation de l'économie de guerre de la première conflagration mondiale,

réglementation représentée par plus de cinq cents «ordonnances de guerre»[59], ce qui est néanmoins un chiffre bien faible comparé à la production législative de la seconde guerre mondiale.[60] Ces ordonnances se rapportent à la politique, à l'armée, au droit civil ou à l'exécution forcée, au droit pénal, aux poursuites pénales, aux finances, à l'économie nationale, ou encore à l'assistance sociale.

Le Conseil fédéral a, par ses «ordonnances de guerre», non seulement légiféré sur des matières réservées auparavant à la voie législative ordinaire, mais il a aussi souvent modifié et abrogé des lois, parmi lesquelles s'en trouvaient même qui avaient expressément reçu la sanction du vote populaire. Les ordonnances du Conseil fédéral portèrent également atteinte au droit constitutionnel, tout particulièrement aux libertés individuelles (par exemple à la liberté du commerce et de l'industrie, à la liberté de la presse, etc.), de même qu'aux attributions des cantons et des tribunaux.

La durée de validité de l'arrêté fédéral du 3 août 1914 n'était pas restreinte à la guerre mondiale. L'on dut constater, par la suite, que si la cessation des hostilités avait bien, de manière générale, mis fin à la situation de «nécessité politique» du pays que tel n'était pas le cas de la «nécessité économique». De nouvelles situations étaient nées de la guerre auxquelles il était nécessaire de faire face. Aussi l'arrêté fédéral du 3 avril 1919 supprima-t-il bien, en principe, les pleins pouvoirs accordés au Conseil fédéral, mais il autorisa d'autre part ce dernier, ainsi que nous l'avons déjà exposé, à prendre exceptionnellement les mesures indispensables pour la sécurité du pays et la sauvegarde de ses intérêts économiques. Mais cette délégation de pleins pouvoirs a cependant une portée plus restrictive que celle de 1914, ce qui résulte déjà des termes «exceptionnellement» et «indispensable» figurant dans le texte dudit arrêté. Mais en tant que délégation accordant des pleins pouvoirs généraux *(Blankettdelegation)* c'est-à-dire d'un acte qui constitue en fait un décret ne contenant lui-même aucune disposition matérielle sur les objets à propos desquels il pourra être légiféré (sécurité du pays, sauvegarde des intérêts économiques) elle ne diffère que du point de vue des conditions dans lesquelles elle a été édictée de la délégation accordée le 3 août 1914, mais non pas — si l'on fait abstraction du fait que celle du 3 août 1914 cite encore l'intégrité, la neutralité et le crédit du pays — par son contenu et par son étendue.

Les ordonnances promulguées par le Conseil fédéral en vertu de ses pleins pouvoirs extraordinaires ont été qualifiés de *Vollmachten-*

---

59 *Baer:* Die schweiz. Kriegsverordnungen 1914—1918, 4 vol., reproduisant tous les textes légaux de l'époque.

60 Cf. Sammlung der Eidg. Kriegserlasse. 4 vol. édités par E. Frank à Bâle.

verordnungen («ordonnances de pleins pouvoirs») [61], afin de les distinguer du point de vue technique des *Notverordnungen* («ordonnances de nécessité») pour lesquelles il manque les pleins pouvoirs extraordinaires. Les «ordonnances de nécessité» entendues dans ce sens sortent du cadre de notre étude. Bornons-nous à relever que le Tribunal fédéral reconnaît également les «ordonnances de nécessité fondées sur une compétence directe» (cf. p. 33, note 4) *(selbständige Notverordnungen)* comme on pourrait les appeler, lorsqu'il règne un état de nécessité auquel le gouvernement doit faire face.[62]

Compléments

1. Quelques exemples de la législation déléguée du Conseil fédéral (législation de guerre)

La législation de guerre de la Suisse pendant la deuxième conflagration mondiale est fondée notamment sur l'arrêté fédéral du 30 août 1939 accordant pleins pouvoirs au Conseil fédéral (RO *55*, 781). Cette législation repose aussi en partie sur la loi fédérale du 1er avril 1938 concernant l'approvisionnement du pays en denrées indispensables (RO *54*, 781) et sur les arrêtés fédéraux des 14 octobre 1933 et 22 juin 1939, instituant des mesures de défense économique contre l'étranger.

Les actes législatifs promulgués en vertu des pouvoirs ainsi délégués au Conseil fédéral sont extrêmement nombreux et d'une portée très vaste. Ils se rapportent aux domaines les plus divers. Leur énumération aurait été fastidieuse et n'entrait d'ailleurs pas dans le cadre de cette étude. Nous n'en donnons ci-après que quelques exemples sans nous occuper, comme nous l'avons dit dans notre note liminaire, de la validité actuelle des dits décrets.[63]

---

[61] *Burckhardt* dans Zeitschrift für Schweizerisches Recht 35, p. 627. *Marti:* Op. cit., p. 137.

[62] ATF 22, 1007, 46 I, 361, de même *Lampert*, p. 124, *Ruck*, p. 127.

[63] Pour de plus amples renseignements cf. notamment: Répertoire du droit fédéral de l'économie de guerre (Publication n° 2 de la Centrale fédérale de l'économie de guerre 1943). Sammlung der eidg. Kriegserlasse, 4 vol., édités par E. Frank, Bâle (collection complète de tous les décrets publiés pendant la guerre). Rapports du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur les mesures prises par lui en vertu de ses pouvoirs extraordinaires. *Lautner-Moser:* System des Schweiz. Kriegswirtschaftsrechts, 3 vol., 1942—1944.

A. Sécurité intérieure

En ce qui concerne le *maintien de la neutralité*, le Conseil fédéral promulgua, le 14 avril 1939, une ordonnance sur le maintien de la neutralité (RO *55*, 818). Celle-ci interdit de favoriser, en Suisse, un Etat belligérant et contient à cet effet, outre l'interdiction de la transmission de nouvelles et de l'entretien de la propagande au profit des belligérants, également celle de l'exportation et du transport d'armes à destination des belligérants. Nous avons ici une mesure qui a été prise encore avant le début de la guerre, dans le cadre des attributions constitutionnelles du Conseil fédéral (Const. féd., art. 102, ch. 9 et 10), mesure qui devait préparer pour le cas de guerre, le passage rapide à la nouvelle situation.

En matière de *police des étrangers*, notons que l'ACF, du 5 septembre 1939 (RO *55*, 851) a introduit pour tous les étrangers l'obligation du visa pour entrer en Suisse ou pour la traverser, tandis que l'ACF du 17 octobre 1939 (RO, *55*, 1167) a, par un certain nombre de mesures, rendu plus difficiles les conditions de séjour et d'établissement des étrangers prévues par la loi du 26 mars 1931 (RO *49*, 279). A notamment été introduite par cet arrêté l'obligation, pour tout étranger qui désire occuper une nouvelle place, d'être au bénéfice d'une autorisation spéciale de la police cantonale des étrangers; cette autorisation peut être limitée, conditionnelle et révocable (art. 4). L'expulsion administrative des étrangers à été admise lorsque leur présence lésait ou menaçait de léser sensiblement les intérêts publics, tels par exemple les spéculateurs de guerre, les profiteurs et les accapareurs (art. 5). Le droit de prononcer l'internement fut conféré à la division de police du Département de justice et police (art. 7). Finalement, la Suisse ne pouvait être qu'un pays de passage pour les émigrants (art. 10), ceux-ci devant s'abstenir de toute activité politique et de toute attitude contraire à la neutralité de la Suisse (art. 13).

En ce qui concerne *la sécurité du pays en matière d'information*, l'ACF du 8 septembre 1939 (RO *55*, 921) chargeait le commandement de l'armée de surveiller la publication et la transmission d'informations et d'expressions, notamment par la poste, le téléphone, le télégraphe, la presse, les agences de presse et de renseignements, la radio, le film et l'image, et de prendre les mesures nécessaires (art. 1). Ces mesures consistaient en instructions, interdictions générales ou particulières, retraits de concession, confiscation, censure, fermeture de l'exploitation ou autres mesures analogues (art. 2). D'ailleurs, la censure préventive générale et l'assujettissement à l'obligation d'une concession en matière de presse et d'agences de presse et de renseignements ne pouvaient être ordonnés qu'avec l'assentiment du Conseil fédéral (art. 3).

Par l'ACF du même jour (8 sept. 1939; RO *55*, 923), le Conseil fédéral a provisoirement autorisé le commandement de l'armée à octroyer des *concessions* aux agences de presse et de renseignements et a, par la même occasion, interdit, jusqu'à nouvel ordre, la création de telles agences. Une procédure de recours a été instituée par le règlement de la commission fédérale de recours en matière de presse et radio, du 9 décembre 1939 (RO *56*, 40).

Ces arrêtés suspendaient non seulement la liberté de la presse prévue à l'article 55 de la Constitution fédérale, mais également les garanties de cette liberté fondée sur l'article 113, chiffre 3, de la Constitution fédérale (recours de droit public).

En connexion avec les mesures dont il vient d'être question, la concession accordée à la Société suisse de radiodiffusion pour *l'usage des stations de radiodiffusion de l'administration des PTT* fut suspendue et le service d'émissions confié au Département des postes et chemins de fer, cela, d'entente avec le Département militaire (ACF du 29 août 1939; RO *55*, 822).

L'ordonnance du 22 septembre 1939 sur la protection de la sécurité du pays (RO *55*, 1115) confia au commandement de l'armée le droit de prendre un certain nombre de mesures concernant *la surveillance de la population civile* (perquisitions, en tout temps, d'immeubles, bâtiments et autres locaux, fouille de personnes suspectes), l'interdiction des assemblées et des manifestations publiques, la mise sous surveillance militaire ou de police des personnes suspectes.

Ces mesures ne constituaient pas une suspension des libertés constitutionnelles, car l'autorisation accordée aux autorités administratives d'imposer aux citoyens des restrictions dépourvues de base légale spéciale — lorsque des considérations d'ordre public, de sécurité nationale et de moralité l'exigent — ont toujours été admises par les autorités.[64]

B. Défense militaire du pays

La mobilisation de l'armée décrétée le 1er septembre 1939 par le Conseil fédéral, et l'ACF du 29 août 1939 (RO *55*, 760) qui, avant même que les pleins pouvoirs ne fussent accordés par l'Assemblée fédérale, ordonna le service actif pour toute l'étendue du territoire de la Confédération, constituent non pas des actes législatifs, mais de simples décisions administratives qui ont toutefois pour conséquence une limitation très importante des droits individuels. Nous ne mentionnerons que l'extension du cercle des personnes civiles et entreprises publiques soumises au droit pénal militaire. L'ACF du 19 novembre 1939 (RO *55*,

---

[64] *Fleiner:* Bundesstaatsrecht, p. 321. *ATF* 7, p. 502, 12 p. 93, 20 I 796, *Curti:* Arrêts du Tribunal fédéral I n° 1490—1500.

1477) soumet à la juridiction militaire, pour la durée du service actif, les infractions à la loi du 15 mars 1932 (RO *48*, 525) sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles, lorsque ces infractions sont commises par des personnes qui se trouvent au service militaire ou portant l'uniforme en dehors du service.

L'interdiction, dans l'armée et à l'égard de personnes appartenant à l'armée, de la propagande (communiste) contraire à l'ordre public (ACF du 4 décembre 1939, RO *55*, 1509) relève déjà davantage des attributions propres du Conseil fédéral prévues à l'article 102, chiffres 9 et 10, de la Constitution fédérale.

Le secours aux familles des militaires tient sa base légale de la loi sur l'organisation militaire du 12 avril 1907 (RO *23*, 695), à savoir des articles 22 à 26 et 147, et de l'ordonnance du 9 janvier 1931 (RO *47*, 92). L'ACF du 17 octobre 1939 (RO *55*, 1161) n'a fait que majorer de 30 pour cent au maximum le montant des secours. En revanche, les ACF des 20 décembre 1939 (RO *55*, 1552), 26 janvier 1940 (RO *56*, 133), 14 juin 1940 (RO *56*, 961), 9 août 1940 (RO *56*, 1448), 28 décembre 1940 (RO *56*, 2117), 17 avril 1941 (RO *57*, 412) et les ordonnances d'exécution s'y rapportant, constituent une intervention législative très importante dans le domaine des *salaires* par l'institution de caisses de compensation.

Dans le domaine de la *défense aérienne* également, nous rencontrons un certain nombre de mesures législatives (arrêtés du Conseil fédéral et ordonnances) qui créent de nouvelles obligations pour la population civile. Citons l'ordonnance du 8 décembre 1939 (RO *55*, 1526) concernant les organismes locaux de défense contre avions, l'ACF du 17 novembre 1939 (RO *55*, 1473) concernant l'intensification des travaux de défense aérienne passive et l'ACF du 16 février 1940 (RO *56*, 186) concernant les organismes de défense aérienne passive durant le service actif.

Citons finalement, dans cet ordre d'idées, l'ACF du 9 février 1940 (RO *56*, 168) sur *l'évacuation* obligatoire de la population civile en cas de guerre, qui prévoit que la direction de l'armée peut, pour des raisons d'ordre militaire, faire évacuer la population civile de certaines régions qu'elle désigne. Juridiquement, cette mesure correspond à l'attribution d'un domicile forcé.

C. Mesures d'ordre économique

Ces mesures sont les plus vastes en matière de législation de guerre. Nous ne mentionnerons dans les centaines d'ordonnances que celles qui ont été édictées au début de la guerre, sont d'importance fondamentale et constituent une immixtion dans les droits individuels.

Par les ACF des 22 septembre 1939 (RO *55*, 1090) et 28 février 1941 (RO *57*, 238), le Département fédéral de l'économie publique a été autorisé à créer, pour des tâches bien définies, des *syndicats de l'économie de guerre*, ce qui comportait donc l'obligation, pour certaines branches économiques, de se grouper.

L'ordonnance du Conseil fédéral du 2 septembre 1939 (RO *55*, 845) introduisit en Suisse le *service du travail obligatoire*. Tout Suisse, sans distinction de sexe et de profession était, par cet acte, astreint au service du travail; les étrangers en tant que les traités internationaux et le droit des gens le permettaient. Le service du travail consistait en prestations d'ordre civil dont l'exécution était impérieusement réclamée par l'intérêt du pays. L'appel au service se faisait d'après les besoins en main-d'œuvre. Le salaire était fixé d'après l'usage dans la profession ou sur la place.

Du point de vue juridique, ces mesures qui statuent, en faveur de l'Etat, une prestation en nature qui va même plus loin que le service militaire, constituent une atteinte très sérieuse à la liberté individuelle. Car le sexe féminin était également soumis à ces dispositions; les limites d'âge étaient en outre plus étendues que pour les obligations militaires. L'ACF du 15 décembre 1939 (RO *55*, 1543) et l'ordonnance du Département fédéral de l'économie publique y relative du 4 janvier 1940 (RO *56*, 31) statuaient que les employés ou ouvriers de nationalité suisse, âgés de 19 à 60 ans, qui chôment par manque de travail, mais seraient en état de fournir un effort corporel, et qui sont inscrits à un office du travail, devaient se tenir à disposition pour l'exécution d'ouvrages militaires.

Ce sont les mesures prises par le Conseil fédéral en vue d'assurer *l'approvisionnement du pays* qui constituent les interventions les plus profondes dans la liberté du commerce et de l'industrie. Nous ne mentionnerons que les plus importantes, celles qui sont à la base de l'organisation de guerre.

L'ACF du 1er septembre 1939 (RO *55*, 925), prévoit les mesures nécessaires pour la *surveillance générale des prix*, ainsi que pour la *protection du marché*. A cet effet, le Département fédéral de l'économie publique a été autorisé à édicter des prescriptions sur les prix des marchandises, les prix des baux à loyer et à ferme, les tarifs de tout genre, hormis ceux des entreprises de transport qui sont l'objet d'une concession. Le dit département était en outre compétent pour prendre les mesures nécessaires afin de protéger l'approvisionnement régulier du marché, notamment en ce qui concerne l'accaparement, l'usure, les opérations de mercantis, le commerce à la chaîne et, au besoin, pour ordonner l'inventaire, le séquestre ou l'expropriation de marchandises. Les contrevenants à cet ACF ou aux prescriptions ou

mesures isolées édictées étaient passibles d'une amende pouvant atteindre 30 000 francs ou d'un emprisonnement de douze mois au plus.

Un *tribunal de l'économie de guerre* a été institué pour juger des demandes litigieuses susceptibles d'une évaluation pécuniaire (IIe ordonnance d'exécution du 20 septembre 1939, de la LF du 1er avril 1938) tendant à assurer l'approvisionnement du pays en marchandises indispensables (RO *55*, 1045). Ce tribunal, constitué spécialement pour chaque cause se composait d'un président, de deux assesseurs et de trois suppléants. Le président et son suppléant étaient désignés par la section de droit public et de droit administratif du Tribunal fédéral. Chaque partie désignait un assesseur et son suppléant. Une procédure arbitrale contradictoire était ainsi garantie. Le recours en réforme au Tribunal fédéral était possible lorsque les droits contestés en première instance atteignaient une valeur d'au moins 2000 francs.

Le jugement des infractions aux prescriptions édictées par le département fédéral de l'économie publique en vertu de l'AF du 30 août 1939 sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité, fut remis à des *commissions pénales*, en vertu de l'ACF du 1er septembre 1939 (RO *55*, 853). Ces commissions étaient désignées par le Conseil fédéral et étaient indépendantes de l'administration. Elles avaient le droit d'infliger des amendes. En revanche, si elles estimaient que l'inculpé était passible de l'emprisonnement, elles devaient transmettre le dossier au secrétariat général du département précité qui devait saisir le tribunal compétent. Les décisions pénales de ces commissions pouvaient être déférées à la Commission de recours du Département fédéral de l'économie publique.

Une certaine atteinte a été portée dans ce domaine, à la *juridiction* en ce sens que la condamnation à une amende ne pouvait pas être l'objet d'un recours à un tribunal, conformément à l'article 300 de la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale.

Se fondant sur l'ACF du 1er septembre 1939, le Département fédéral de l'économie publique édicta un certain nombre d'ordonnances [65] dont nous citerons tout particulièrement l'ordonnance II du Département fédéral de l'économie publique du 11 septembre 1939 (RO *55*, 1066) autorisant les services cantonaux compétents à prescrire *par mesure préventive, la fermeture de locaux de vente et d'atelier*, dont les propriétaires ou les gérants responsables, malgré une expresse mise en demeure, contrevenaient manifestement aux mesures fédérales et cantonales édictées en application de l'ACF du 1er septembre 1939 (coût de la vie). L'ordonnance 3, du 18 janvier 1940 (RO *56*, 118) permettait

---

[65] Ces ordonnances ont été appelées «Verfügungen» en allemand. Il aurait fallu les qualifier plus justement de «Verordnungen».

déjà le *séquestre de marchandises*, lorsqu'il y avait des motifs impérieux de craindre qu'une infraction ne fût commise.

Des atteintes très importantes furent en outre portées aux droits individuels par les arrêtés du Conseil fédéral destinés à *protéger la production agricole*. Aux fins de favoriser cette dernière, le Conseil fédéral, par son arrêté du 20 octobre 1939 (RO *55*, 1328), a autorisé le Département fédéral de l'économie publique à édicter des prescriptions sur l'utilisation des terrains se prêtant aux cultures, notamment à déterminer la mesure dans laquelle un domaine doit s'exploiter et pourvoir à ses besoins et à prescrire l'exploitation de terrains encore incultes.

Pour lutter contre *la spéculation sur les terres*, le Conseil fédéral édicta, le 19 janvier 1941 (RO *56*, 78) un arrêté qui subordonne à une autorisation officielle le transfert de la propriété sur les immeubles ou la constitution de droits de gage ou de charges foncières, cela en tant qu'il s'agit d'immeubles agricoles et forestiers d'une superficie de deux hectares au moins. En outre, les fermiers pouvaient, pendant la durée du service actif et sous certaines conditions, requérir de l'autorité compétente une prolongation de bail d'une année à compter de l'expiration du délai de résiliation. En outre, le courtage en matière de bienfonds fut soumis à des restrictions, en ce sens que seules les personnes ayant obtenu une concession de l'autorité compétente pouvaient exercer, contre rémunération, l'activité de courtiers pour la négociation de contrats comportant l'obligation de transférer la propriété d'immeubles ou pour l'indication d'occasions de conclure de tels contrats.

De ce fait, non seulement la liberté de faire le trafic des objets en question a été restreint, mais également le droit d'en disposer a été limité.

Bornant notre énumération aux lois édictées en vertu des pleins pouvoirs accordés par les Chambres, nous nous dispensons de citer les nombreuses ordonnances fondées sur la LF du 1er avril 1938 concernant l'approvisionnement du pays en marchandises indispensables, notamment en ce qui concerne les prescriptions relatives au *rationnement des denrées alimentaires*, des combustibles liquides, etc.

Par l'ACF du 22 septembre 1939 (RO *55*, 1092), l'importation et l'exportation de marchandises furent soumises à la surveillance de l'Etat et le Département fédéral de l'économie publique déclaré compétent pour exercer cette surveillance.

En outre, l'ACF du 1er avril 1941 (RO *57*, 338) a autorisé le Département de l'économie publique, dans l'intérêt de la défense nationale et de l'approvisionnement du pays et eu égard notamment à la rareté des marchandises indispensables, à instituer l'*obligation du permis pour l'ouverture d'exploitations* appartenant à l'industrie, aux arts et métiers, au commerce ou à des branches connexes.

D. Mesures financières

Pour couvrir les dépenses extraordinaires résultant de la mobilisation et des mesures destinées à assurer l'approvisionnement du pays, le Conseil fédéral décida de lui-même, en vertu des pleins pouvoirs qui lui furent accordés, de porter au double la *taxe d'exemption du service militaire* (ACF du 28 novembre 1939; RO *55*, 1494) et de percevoir un *impôt fédéral sur les bénéfices de guerre* (RO *56*, 45). Il a en outre décidé d'émettre un certain nombre d'emprunts.

Le *programme financier* a, de plus, été complété, sur proposition du Conseil fédéral, par un arrêté fédéral du 11 avril 1940 [66] *(5e programme financier 1940-1949)*. En vertu de ces nouvelles dispositions, le solde passif «ordinaire» de la Confédération (donc sans les crédits extraordinaires alloués pour le renforcement de la défense nationale, ni les frais du service actif) doit être amorti d'après un plan dans un délai de soixante ans au plus. Pour assurer l'exécution de ce plan d'amortissement de la dette, de même que pour assurer le service d'intérêts et l'amortissement des dépenses à la charge des crédits extraordinaires alloués jusqu'en 1940 pour le renforcement de la défense militaire du pays et des frais du service actif, mais également pour combler les déficits des comptes d'Etat, les mesures suivantes ont été prescrites: un *sacrifice pour la défense nationale, un impôt pour la défense nationale, ainsi qu'un impôt sur le chiffre d'affaires et un prélèvement sur le fonds d'égalisation des changes* de la Banque nationale suisse.

Par ce même arrêté, l'Assemblée fédérale a délimité sa propre compétence en matière de dépenses de la manière suivante: «L'Assemblée fédérale ne peut allouer des crédits plus élevés ou destinés à un autre but que ceux qui sont proposés par le Conseil fédéral qu'à la *majorité de tous les membres de chacun des conseils;* ces arrêtés fédéraux urgents et des arrêtés approuvant le budget, les reports de crédits et les crédits supplémentaires.»

Les *taux d'imposition*, tant en ce qui concerne la défense nationale que le chiffre d'affaires et le sacrifice pour la défense nationale, ont été fixés dans le dit arrêté. L'Assemblée fédérale ne peut en outre augmenter l'impôt pour la défense nationale que d'un quart au maximum. En outre, le taux de *l'imposition à la source* des intérêts, rentes et parts aux bénéfices fut également fixé. Le dit arrêté énumère en outre les personnes morales exonérées du paiement du sacrifice et de l'impôt de la défense nationale et fixe la part que les cantons doivent remettre à la Confédération. Le prélèvement sur le fonds d'égalisation des changes fut également fixé en chiffres.

---

[66] Voir Feuille fédérale 1940, p. 428.

Il fut finalement décrété que les dépenses ordinaires de la Confédération devront subir, dès et y compris l'année 1941, une réduction «méthodique».

L'arrêté en question se termine par une clause qui dépasse considérablement le programme financier. Le Conseil fédéral doit, dans un délai échéant trois ans après la fin du service actif, soumettre à l'Assemblée fédérale un plan prévoyant une *nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons,* dans le sens d'une réduction des attributions actuelles de la Confédération.

Nous sommes donc en présence ici d'une réglementation générale par l'Assemblée fédérale semblable à celle prévue en 1936 en ce qui concerne l'impôt de crise dans les arrêtés fédéraux relatifs aux programmes financiers. Les principes à la base de la perception des nouveaux impôts ont été établis d'une manière très complète par les deux chambres fédérales.

E. Droit civil et exécution forcée

Parmi les atteintes au droit civil les plus marquantes, nous avons déjà cité précédemment les mesures relatives au *contrôle des prix,* ainsi que celles concernant la *spéculation sur les terres.* Citons encore dans le même ordre l'ACF du 15 octobre 1941, instituant des *mesures contre la pénurie des logements* (RO *57,* 1183) qui comprend d'une part une limitation du droit de résiliation des bailleurs et, d'autre part, permet la réquisition de locaux habitables vacants; la *liberté d'établissement ou de séjour* subit également, par cet arrêté, une certaine restriction, du fait qu'elle peut être refusée aux personnes dont la présence dans la commune ne paraît pas justifiée par des motifs suffisants. Elle ne peut cependant pas être refusée aux bourgeois de la commune. Cette limitation à la liberté d'établissement est une atteinte directe à l'article 45 de la Constitution fédérale.

La liberté du commerce et de l'industrie a d'ailleurs également subi une forte limitation par l'ACF du 1er avril 1941 réglant l'ouverture d'exploitations au titre de mesures de l'économie de guerre (RO *57,* 338). Ce décret subordonne à une autorisation officielle l'ouverture d'exploitations appartenant à l'industrie, aux arts et métiers, au commerce ou à des branches connexes.

L'ACF du 30 octobre 1939 (RO *55,* 1345) donne la possibilité aux personnes morales régies par le Code civil suisse, aux sociétés commerciales et coopératives soumises au code des obligations, ainsi qu'aux corporations et établissements de droit public ayant un but lucratif, *de transférer, au cas où la Suisse serait en guerre,* leur siège dans la localité où réside le gouvernement fédéral. Ce même arrêté prévoit en outre un *transfert volontaire* qui peut avoir lieu par simple

décision de l'organe administratif suprême, malgré toutes dispositions contraires des statuts ou de la loi. Cette décision doit cependant être constatée par acte authentique lorsqu'il s'agit de sociétés par actions ou de sociétés à responsabilité limitée.

En ce qui concerne l'exécution forcée, un moratoire a été décrété, comme ce fut déjà le cas durant la première guerre mondiale. Par l'ACF du 18 septembre 1939 (RO *55*, 1036), les féries en cours au moment de la promulgation de cet arrêté furent prolongées de 4 semaines, c'est-à-dire du 10 septembre au 22 octobre 1939. D'autre part, une série d'atténuations de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, ainsi que du Code fédéral des obligations, furent décrétées à titre temporaire en faveur du débiteur (ordonnance du Conseil fédéral du 17 octobre 1939; RO *55*, 1250). Un sursis spécial fut en outre accordé à certaines branches économiques se trouvant momentanément dans une mauvaise situation financière, telles l'industrie hôtelière et la broderie (ordonnance du Conseil fédéral du 3 novembre 1939 RO *55*, 1368).

2. La limitation des pouvoirs extraordinaires après la fin des hostilités

Dès la fin de la deuxième guerre mondiale un mouvement favorable à la suppression des pouvoirs extraordinaires conférés au Conseil fédéral devait naturellement se dessiner dans l'opinion publique. Aux chambres fédérales cette tendance se manifesta, le 28 septembre 1944, par deux interventions au Conseil national. L'interpellation *Sappeur* et le postulat *Schümperli*. La première a été présentée dans les termes suivants:

«Le Conseil fédéral n'est-il pas d'avis que le moment est venu de limiter le nombre des nouveaux arrêtés qu'il prend en vertu de ses pouvoirs extraordinaires et de n'y plus recourir que si le temps presse et uniquement dans le domaine militaire ou de l'économie de guerre, afin de faciliter le retour au régime constitutionnel?»

Le postulat Schümperli en revanche avait la teneur suivante:

«Le Conseil fédéral est invité à présenter aux chambres un rapport et des propositions sur la façon d'accélérer le rétablissement des droits constitutionnels.

1° En tempérant les restrictions apportées aux libertés politiques et le droit économique exceptionnel;

2° En transformant, s'il le faut, les dispositions extraordinaires en dispositions constitutionnelles légales.»

Mais comme ce fut le cas dans la période faisant suite à la première guerre mondiale (cf. page 73), la suppression des mesures prises

par le Conseil fédéral en vertu de l'arrêté fédéral du 30 août 1939 ne pouvait se faire que successivement. Aussi les Chambres fédérales prirent-elles le *6 décembre 1945, un arrêté restreignant les pouvoirs extraordinaires du Conseil fédéral.* (RO *61*, 1027).

Aux termes de ce décret le Conseil fédéral n'est *autorisé à prendre qu'à titre exceptionnel les mesures indispensables* pour maintenir la *sécurité du pays, sauvegarder son crédit* et ses *intérêts économiques et assurer l'alimentation publique.* En outre, il ne doit s'agir que de *mesures qui ne peuvent pas être prises, en raison de leur urgence, par la voie de la législation ordinaire.* Elles doivent être de *durée limitée,* l'Assemblée fédérale décidant, au vu d'un rapport fait par le Conseil fédéral à chaque session, si elles doivent être maintenues en vigueur (art. 2 et 3).

En outre, le Conseil fédéral doit, dès que les circonstances le permettent, abroger en tout ou en partie ou restreindre les mesures prises en vertu de l'arrêté fédéral du 30 août 1939. Seules peuvent être maintenues celles qui sont encore réellement indispensables. L'Assemblée fédérale s'est réservé le droit de spécifier les mesures qui doivent être abrogées ou restreintes (art. 5).

CHAPITRE IV

Questions particulières se rapportant à la délégation législative

§ 10. La sous-délégation

Nous avons vu aux chapitres précédents que la doctrine est d'avis partagé au sujet de l'admissibilité juridique de la délégation. Or, il en est de même de la sous-délégation. Nous renvoyons à ce propos tout particulièrement au § 6 de cette étude, exposé que nous tenons à compléter par les quelques considérations suivantes.

Il va de soi que si l'on se refuse à reconnaître l'admissibilité juridique de la délégation elle-même, il faut logiquement en faire de même pour la sous-délégation, puisque cette dernière se fonde sur la première. Mais certains auteurs rejettent la sous-délégation, tout en acceptant la délégation. C'est ainsi que pour *Fleiner* [1] le fait de savoir si d'une part une autorité administrative peut édicter des normes juridiques en se fondant sur une délégation légalement accordée et celui d'autre part de savoir si le législateur peut accorder une telle délégation ne sont aujourd'hui plus contestés (sind heute unbestritten). Mais — toujours dans l'idée de Fleiner — si une telle délégation a été donnée, l'autorité qui en bénéficie ne pourra ni la dépasser, ni la sous-déléguer à une autre autorité. Fleiner n'indique cependant pas les raisons à l'appui de sa manière de voir.

Giacometti qui, comme nous l'avons déjà noté, a parfois modifié sa manière de voir au sujet de la délégation elle-même, rejette également la sous-délégation non sans avoir hésité. Dans son étude sur l'ordonnance en droit fédéral suisse publiée en 1927, il admet la délégation législative en matière de droit fédéral en vertu d'un droit coutumier, mais rejette la sous-délégation à moins qu'elle ne soit prévue par l'acte délégatoire, car, pour cet auteur, la sous-délégation constitue un nouveau décalage de compétence pour lequel aucune base consti-

---

[1] *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 414. En revanche *Burckhardt,* Kommentar p. 666, n° 2, «Auch die Weiterdelegation ist stets angenommen worden».

tutionnelle n'existe.[2] Mais dans son étude parue une année plus tard intitulée «*Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation*», il admet la délégation législative en vertu d'une disposition de droit positif, celle de l'article 113, dernier alinéa, de la Constitution fédérale. Il part alors de l'idée qu'une délégation législative ne saurait, puisque le Tribunal fédéral ne peut examiner la constitutionnalité des lois fédérales, être entachée de nullité même si cette délégation n'est pas constitutionnelle («wenn auch nicht konstitutionnel, so doch nicht nichtig»). Il admet par ailleurs que la théorie ne devrait pas en rester au rejet de la délégation législative, mais devrait tenter de construire le fondement juridique du pouvoir réglementaire en partant d'une base nouvelle. La notion de l'exécution des lois se serait fortement transformée au cours des temps. Aujourd'hui elle devrait également comprendre la mise en œuvre très détaillée de la volonté du législateur par des normes de portée générale, donc par des prescriptions adressées à la collectivité. La notion de l'exécutif ayant ainsi évolué, la compétence du pouvoir exécutif devrait donc être interprêté conformément à son stade *réel et actuel* et non en s'en tenant à sa notion originaire et historique.

Dans son étude «*Verfassungsrecht und Verfassungspraxis*» publiée en 1937, le même auteur rejette à nouveau la délégation législative — et par conséquent également la sous-délégation — parce qu'elle signifierait un décalage de compétence constitutionnellement inadmissible. La sous-délégation serait déjà par elle-même contraire à l'ordre légal, car elle porterait atteinte à la norme juridique de la délégation.[3] Malgré cela, Giacometti reconnaît que vue du côté pratique, l'activité législative «au second degré» *(«sekundäre Rechtssetzung»)* peut *uniquement avoir lieu par l'administration.* C'est la raison pour laquelle il a, déjà dans son étude «*Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation*», insisté sur la nécessité de donner un fondement légalement suffisant à l'activité législative inévitable exercée à un échelon inférieur par le pouvoir exécutif.[4] C'est ce qu'il a fait dans son étude «*Verfassungsrecht und Verfassungspraxis*». Il expose alors que l'activité exécutive du Conseil fédéral trouverait son fondement légal à l'article 95, de la Constitution fédérale. Les clauses d'une loi autorisant le Conseil fédéral à édicter des ordonnances d'exécution n'auraient donc d'autre sens que celui d'une indication donnée au Conseil fédéral lui signifiant que la loi en question doit recevoir son application de détail au moyen d'ordonnances. Dans certains cas existerait également la nécessité d'édicter

---

[2] *Giacometti:* Ueber das Rechtsverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaate (Festgabe Fleiner 1927), pp. 391 à 392.

[3] *Giacometti:* Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, p. 76. Pour le droit allemand, cf. *Jacobi:* Handbuch des deutschen Staatsrechts, II, p. 243.

[4] *Giacometti:* Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation, p. 35.

des «*gesetzesvertretende Verordnungen*» (ordonnances remplaçant la loi) par le Conseil fédéral, tout spécialement dans le domaine de la police, lorsque la sécurité intérieure et extérieure du pays seraient en danger, etc.[5]

Giacometti se rapproche ainsi en ce qui concerne la compétence législative au second degré exercée par le Conseil fédéral, d'une conception semblable à la nôtre, conception qui correspond également à la pratique des autorités fédérales. Mais son rejet de la délégation législative n'est guère conciliable avec l'admissibilité de l'activité législative au second degré exercée par le Conseil fédéral. Cette activité constitue précisément la «délégation», même si cette expression, ainsi que nous l'avons déjà dit, est en soi impropre.

L'admissibilité juridique de la délégation n'implique évidemment pas eo ipso celle de la sous-délégation. Cependant, la clause relative à la délégation peut comprendre une autorisation dans le sens de la sous-délégation, autorisation qui peut même être *tacitement* contenue dans cette clause. Lorsque — comme ce fut le cas de tout temps — le Conseil fédéral n'exerce pas directement la prétendue «délégation législative» qui lui a été donnée par l'Assemblée fédérale, mais remet ce soin en partie à l'un de ses départements, il faut certes admettre que cette pratique a lieu avec l'assentiment tacite de la dite Assemblée. Sinon, il ne serait guère compréhensible que pendant une activité constitutionnelle de plus d'un demi-siècle, l'Assemblée fédérale n'y eût jamais fait opposition.

Nous ne partageons donc pas l'avis de Giacometti, suivant lequel la sous-délégation serait en contradiction avec la *lex delegationis*. Notre auteur reconnaît d'ailleurs lui-même qu'une délégation législative peut, elle, être accordée tacitement, ce que *Burckhardt* admet également.[6] Il s'ensuit que l'autorisation permettant d'accorder une *sous-délégation* peut à plus forte raison être tacitement contenue dans la norme de la délégation et, comme le prouve la pratique suivie par les autorités fédérales depuis près de cent ans, telle est bien la règle.

De plus, la délégation de certaines affaires aux départements ou à des offices qui leur sont subordonnés dont parle déjà la loi fédérale du 26 mars 1914 (RO *30*, 292), a été reprise par l'article 103, al. 2, de la Constitution fédérale.

L'ancienne teneur de cet article était la suivante:

«Les affaires du Conseil fédéral son réparties par départements entre ses membres. Cette répartition a uniquement pour but de faciliter

---

[5] *Giacometti:* Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, p. 77.

[6] *Giacometti:* Ueber das Rechtsverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaate (Festgabe Fleiner 1927), pp. 383 et suiv. et *Burckhardt:* Kommentar, p. 666 n° 2.

l'examen et l'expédition des affaires; les décisions émanent du Conseil fédéral comme autorité.»

Le texte actuel comprend un alinéa de plus disposant que «la législation fédérale peut autoriser les départements ou les services qui en dépendent à régler eux-mêmes certaines affaires, sous réserve du droit de recours». Un troisième alinéa concerne la juridiction administrative.

La délégation de «certaines affaires», aux départements ou aux services qui en dépendent a par conséquent lieu en vertu de la législation fédérale. L'exercice de cette compétence comporte le pouvoir d'édicter des ordonnances. La délégation accordée par l'Assemblée fédérale, sanctionnant expressément ou tacitement la sous-délégation à un département ou une division administrative, possède le même fondement légal.[7]

Un fonctionnement satisfaisant de la machine législative a ainsi été assuré, fonctionnement grâce auquel ce résultat n'aurait, de l'aveu de tous les auteurs, pas pu être atteint en temps de guerre et de crise. Seule la *division du travail poussée jusque dans l'exercice de la fonction législative elle-même entre le parlement, l'exécutif et l'administration*, et que la pratique a développée non pas *contra legem*, mais d'une manière logique, conformément aux principes juridiques contenus dans notre Constitution, permet, même dans des temps anormaux, de sauvegarder notre activité constitutionnelle et l'esprit de nos lois fondamentales.

Une sous-délégation a souvent été accordée par le Conseil fédéral aux départements ou à des divisions de ces derniers lorsque ces organes subordonnés ont été chargés d'édicter des ordonnances d'exécution, c'est-à-dire d'exécuter les arrêtés du Conseil fédéral en édictant des règles de droit. Mais le Conseil fédéral et ses départements ou leurs divisions ne sont, du point de vue de la fonction législative, pas dans le même rapport que l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral. Le Conseil fédéral n'est pas, envers l'Assemblée fédérale, dans la même dépendance que les départements le sont à son égard. Il occupe, comme nous l'avons déjà exposé, une situation constitutionnellement garantie par laquelle il exerce «l'autorité directoriale et exécutive supérieure de la Confédération» (Const. féd., art. 95). Or, il ne peut logiquement exister d'autorité au-dessus de «l'autorité supérieure». Mais cette situation hiérarchiquement égale par rapport à l'Assemblée fédérale n'exclut

---

[7] L'ordonnance d'exécution relative à l'art. 103, Const. féd. est représentée par la loi fédérale du 26 mars 1914, sur l'organisation de l'administration fédérale (RO *30*, 292), ainsi que par l'ACF du 17 novembre 1914, donnant aux départements et aux services qui en dépendent la compétence de régler certaines affaires (RV *30*, 606).

cependant pas — nous l'avons déjà exposé — que le Conseil fédéral soit, à certains égards, *fonctionnellement subordonné* à la dite Assemblée, comme c'est précisément le cas de l'activité législative. Dans ce dernier domaine, le Conseil fédéral a, dans certains cas, outre la compétence législative dérivant indirectement de l'article 102, chiffres 8 et 10 de la Constitution fédérale, une compétence secondaire se fondant sur des ordres de l'Assemblée fédérale *(«délégation législative»)*. En revanche, les départements et leurs services sont hiérarchiquement *subordonnés* au Conseil fédéral. Cette subordination administrative ne comprend cependant pas la faculté, pour le Conseil fédéral, de transmettre aux départements ou aux services qui en dépendent une compétence législative fonctionnellement indépendante. En effet, les affaires réglées par les départements ou leurs services, ne le sont pas d'une manière définitive, puisque le droit de recours a été sauvegardé, droit qu'il appartenait à la législation fédérale de déterminer dans quels cas il peut être exercé auprès d'une cours administrative fédérale (Const. féd., art. 103).

Nous voyons donc qu'une délégation législative, qu'elle soit en faveur du Conseil fédéral ou d'organes qui lui sont subordonnés, doit se fonder sur un décret de l'Assemblée fédérale. Mais si — même après 1912 (revision de l'art. 103 de la Constitution fédérale) — l'acte délégatoire de l'Assemblée fédérale ne nomme que le Conseil fédéral comme délégué et que celui-ci sans opposition de la dite Assemblée délègue, suivant les besoins, à son tour aux «départements ou aux services qui en dépendent» les pouvoirs qui lui sont conférés, il faut admettre que la norme de la délégation contient en elle-même la possibilité d'une telle sous-délégation et qu'elle la contient même tacitement.

C'est ainsi que les arrêtés fédéraux sur l'approvisionnement du pays en denrées alimentaires ou fourragères, du 17 octobre 1939 (RO *55*, 1163), du 15 novembre 1940 (RO *56*, 1871), qui se fondent sur la loi fédérale du 1er avril 1938 tendant à assurer l'approvisionnement du pays en marchandises indispensables, chargent le Département fédéral de l'économie publique de promulguer les prescriptions d'exécution nécessaires. Sur cette base, le dit département a par la suite édicté l'ordonnance du 21 février 1940 tendant à assurer l'approvisionnement du pays en œufs (RO *56*, 237), celle du 6 juin 1941 sur la même matière (RO *57*, 685), et un grand nombre d'ordonnances se rapportant à la matière en question. Toute la législation fédérale sur l'économie de guerre repose d'ailleurs en majeure partie sur des ordonnances des départements et de leurs divisions.[8]

---

[8] Cf. «Répertoire du droit fédéral de l'économie de guerre (publication n° 2 de la Centrale fédérale de l'économie de guerre 1943) ; Sammlung der eidg. Kriegserlasse, 4 vol., édités par E. Frank, Bâle.

Même avant la deuxième conflagration mondiale déjà, l'octroi de sous-délégations par le Conseil fédéral aux départements était d'un usage courant dans le domaine de la législation fédérale. Nous ne citons que l'ordonnance du Conseil fédéral du 1er février 1932 sur la limitation des importations (RO *48*, 67) en vertu de laquelle le Département fédéral de l'économie publique à édicté plus de 50 ordonnances.[9] Cette même ordonnance autorise le dit département à subordonner la délivrance des permis à l'acquittement de taxes et à établir le tarif de ces dernières, en foi de quoi le Département de l'économie publique a édicté plusieurs douzaines de tarifs de ce genre.

Des sous-délégations pouvant être accordées à certaines divisions de départements sont également prévues par plusieurs arrêtés du Conseil fédéral. C'est notamment le cas de l'ordonnance du Conseil fédéral du 20 janvier 1933 (RO *49*, 43), relative à la perception d'une redevance sur le lait de consommation, de l'ordonnance du Conseil fédéral du 29 juin 1936, relative au contrôle des prix de marchandises (RO *52*, 529). Cette ordonnance délègue au Département fédéral de l'économie publique le droit d'édicter des prescriptions sur les prix, la surveillance des prix étant exercée par le service du contrôle des prix. L'arrêté du Conseil fédéral du 14 janvier 1932, relatif à l'exécution des accords conclus avec différents pays pour régler les paiements résultant du commerce de marchandises (RO *48*, 29). Il remet à la Direction générale des douanes le soin d'édicter des dispositions complémentaires à l'article 2 de cet arrêté. L'arrêté du Conseil fédéral du 28 juin 1935, concernant l'admission de créances en marchandises à la compensation avec l'étranger (RO *51*, 507), autorise la division du commerce du Département fédéral de l'économie publique à édicter des prescriptions complémentaires déterminées par cet arrêté.

Ces sous-délégations n'ont jamais fait l'objet d'une critique de la part de l'Assemblée fédérale, donc par l'autorité qui accorda la délégation au Conseil fédéral. Elles ont au contraire été considérées comme naturellement contenues dans la norme de la délégation.

Il faut cependant se demander *jusqu'où peut aller une sous-délégation* ainsi accordée par le Conseil fédéral.

Si nous nous arrêtons en particulier au principe de la sous-délégation elle-même, nous formulons les observations suivantes.

L'article 103, alinéa 2 de la Constitution fédérale dit que «la législation fédérale peut autoriser les départements ou les services qui en dépendent à régler eux-mêmes certaines affaires, sous réserve du droit de recours». Or, il nous semble qu'une sous-délégation ne peut en conséquence être accordée à des offices qui sont en dehors de l'adminis-

---

[9] En allemand ces ordonnances ont été dénommées «Verfügungen», quoique ce soient en fait des «Verordnungen».

tration fédérale, comme par exemple à des corporations de droit public. Une sous-délégation accordée à l'Office suisse de compensation est ainsi exclue à notre avis, quoique l'arrêté du Conseil fédéral du 2 octobre 1934 (RO *50*, 779) l'admette.

En outre, une nouvelle sous-délégation par l'autorité administrative bénéficiant de la première sous-délégation à des organes qui lui sont subordonnés et de ceux-ci encore à d'autres organes, n'est pas admissible sauf autorisation expresse du Conseil fédéral. Les départements et les services qui en dépendent ne sont en effet pas, comme le Conseil fédéral, des autorités participant constitutionnellement à l'activité législative. De telles fonctions ne leur sont seulement attribuées de cas en cas d'une manière accessoire par le Conseil fédéral et ceci uniquement dans les limites de la délégation accordée par l'Assemblée fédérale au Conseil fédéral. Ces services ne peuvent donc pas transmettre à leur tour de leur propre chef, à d'autres services qui leur sont subordonnés, la compétence qui leur est déléguée.

Par exemple, lorsque le Département fédéral de l'économie publique, se fondant sur la délégation de pouvoir à lui accordée par l'arrêté du Conseil fédéral du 11 septembre 1934 (RO *50*, 655), a autorisé, par son ordonnance du 6 juin 1935 (RO *51*, 439), la division du commerce à prescrire provisoirement les conditions d'admission de certaines marchandises ou catégories de produits dans le commerce de clearing, ce département a dépassé les normes de la délégation. On ne peut pas admettre ici l'existence d'une autorisation tacite, le département en question n'étant pas investi de fonctions législatives. Par conséquent, une construction juridique élaborée, comme ce fut le cas, sur l'idée d'une autorisation tacite accordé après coup par le Conseil fédéral, doit être considérée comme une subtilité sans valeur juridique.

Le problème dogmatique de l'admissibilité de la sous-délégation ou non, a d'ailleurs reçu une solution pratique grâce à la LF relative à la force obligatoire du Recueil systématique des lois et ordonnances de 1848 à 1947 et à la nouvelle série du Recueil des lois (RO, *1949*, p. 1627). L'article 7 de la dite loi a la teneur suivante.

«Les services des départements n'ont désormais la compétence d'édicter des dispositions ayant force obligatoire générale que si une loi ou un arrêté fédéral le prévoit.

Là où un service tient d'un arrêté ou d'une ordonnance du Conseil fédéral, ou d'une ordonnance de département, la compétence d'édicter des dispositions ayant force obligatoire générale, le Conseil fédéral édictera avant le 31 décembre 1951 les dispositions assurant l'adaptation à la règle du 1er alinéa. Faute de dispositions dans ce sens, la compétence passera au département dont relève le service.

Les pouvoirs conférés en vertu de l'arrêté fédéral du 14 octobre 1933 concernant les mesures de défense économique contre l'étranger et de l'arrêté fédéral du 30 août 1939 sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité, modifié par celui du 6 décembre 1945 restreignant les pouvoirs extraordinaires du Conseil fédéral, subsisteront tant que ces arrêtés seront en vigueur.»

Quant au *contenu matériel* de la norme octroyant la sous-délégation, nous sommes d'avis qu'une nouvelle transmission d'une délégation conférant purement et simplement des pleins pouvoirs au Conseil fédéral *(Blankettnorm)* ne peut avoir lieu en faveur d'un département ou d'un office subordonné au dit Conseil, car une telle norme comprend «ipso jure» la compétence de modifier des lois fédérales, compétence que ne peut posséder un organe administratif subalterne. La limite entre une autorisation générale et des directives limitées est évidemment mouvante. Il y a par conséquent lieu d'exiger à plus forte raison que la sous-délégation ne renferme autant que possible qu'une norme à caractère très spécialisé.

§ 11. L'examen par le juge

Aux termes de l'article 113, dernier alinéa, de la Constitution fédérale, le Tribunal fédéral doit appliquer les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette Assemblée qui ont une portée générale, ainsi que les traités ratifiés par la dite Assemblée. De ce fait, les actes législatifs en question sont soustraits à l'examen de l'autorité judiciaire suprême de la Confédération et, a fortiori, à celui des autres autorités. Aucune différence n'est faite à ce sujet entre les arrêtés fédéraux de portée générale, déclarés urgents et ceux qui n'ont pas ce caractère.

Mais cela n'exclut pas d'une façon absolue l'examen, par le juge, des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale. En effet, ce qui est soustrait au juge est *l'examen de la légalité du point de vue matériel* (materielle Rechtmässigkeit) c'est-à-dire tout particulièrement celui de la constitutionnalité du contenu des actes législatifs. *L'examen de la légalité du point de vue formel* (formelle Rechtmässigkeit) de ces actes n'est de ce fait pas exclu.[10]

La légalité formelle se rapporte à la procédure prévue pour la validité d'un acte législatif. Elle ne concerne aucunement le contenu de ce dernier. Appartiennent par exemple à la légalité formelle d'une loi fédérale, la publication de l'acte dans le Recueil officiel des lois et son entrée en vigueur.

---

[10] *Burckhardt:* Kommentar, p. 788.

Avant de quitter le domaine des actes législatifs de l'Assemblée fédérale soustraits à l'examen par le juge du point de vue matériel, nous tenons à relever que cette exclusion ne doit pas être interprêtée comme dispensant les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale de l'exigence de la légalité comme telle. Il est évident que l'Assemblée fédérale est tenue d'observer le principe de la légalité de ses actes et ceci en dépit du fait que ses actes législatifs sont soustraits à l'examen par le juge. Si elle ne le faisait pas, chacun de ses membres pourrait demander par voie de motion la modification ou l'abrogation de l'acte illégal. S'il y a lieu, le peuple lui-même pourrait, grâce à la courte durée de la période législative, tirer lui-même les conséquences de tels manquements à la légalité.

L'exclusion de l'examen par le juge n'est d'ailleurs pas d'ordre juridique, mais bien politique. Les auteurs de notre Constitution ne voulaient pas instituer un tribunal s'élevant au-dessus de l'autorité législative suprême du pays.[11] Ce qui a donné lieu à l'article 113 de la Constitution fédérale.

Moins on est favorable à cette exclusion de l'examen par le juge, plus il y a lieu d'insister sur une interprétation très stricte de la disposition constitutionnelle en question. Si nous argumentons *a contrario*, l'article 113 de la Constitution fédérale permet l'examen par le juge de l'arrêté fédéral simple, ainsi que des *ordonnances législatives du Conseil fédéral (Rechtsverordnungen)* et, évidemment, de celles des autres autorités.[12]

Il en résulte qu'en matière de délégation législative, l'examen par le juge de la *norme de la délégation* est exclu, en tant qu'elle est contenue dans une loi fédérale ou dans un arrêté fédéral de portée générale, urgent ou non. Peuvent en revanche, être soumis à l'examen du juge, les arrêtés du Conseil fédéral pris en vertu de cette norme, et ceux des autres autorités fédérales. Le but de l'examen est de constater la *légalité de l'acte législatif délégué.* Légalité signifie ici concordance avec la norme de la délégation et les autres règles de droit supérieures. Il s'agit aussi bien de la légalité formelle que matérielle.[13]

La légalité formelle (formelle Rechtmässigkeit) concerne, comme nous l'avons dit, la procédure qui doit être suivie pour édicter une ordonnance législative. Pour les ordonnances législatives fondées sur

---

11 Cf. *Burckhardt:* Kommentar, p. 772/773; *Blumer-Morel,* vol. I, p. 211. *Reichel:* Commentaire à l'art. 138 de la loi fédérale s. l'org. jud. féd. *Schollenberger:* Kommentar, p. 563.

12 *Burckhardt:* Kommentar 789. *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 416. *Giacometti:* Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweiz. Bundesgerichtes, p. 90.

13 Cf. également *Merkl:* Verwaltungsrecht, p. 161. *Jellinek:* Gesetz und Verordnung, pp. 406 et suiv.

une délégation *(delegierte Rechtsverordnung)*, l'examen de la légalité formelle peut avoir lieu tant en ce qui concerne l'acte délégatoire que l'acte délégué, car, ainsi que nous l'avons relevé, l'acte délégatoire, même s'il représente une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale, peut être examiné du point de vue formel.

La légalité matérielle (materielle Rechtmässigkeit) se rapporte à la compétence que possède le Conseil fédéral ou un autre organe pour édicter l'ordonnance législative en cause et, en outre, au fait de savoir si le contenu de cette ordonnance ne dépasse pas la norme de la délégation ou n'est pas en opposition avec elle.

La légalité formelle est la condition de la légalité matérielle. L'examen fait à ce dernier point de vue porte tant sur l'acte législatif dans son ensemble que sur chacun de ses points particuliers. L'incompétence pour édicter une ordonnance, par exemple, rend toute l'ordonnance caduque, alors que des dépassements particuliers de la *lex delegationis* ne rendent caduques que les points particuliers auxquels ces dépassements se rapportent.

L'examen des ordonnances par le Tribunal fédéral n'a pas lieu à la suite d'un recours de droit public, mais se fait indirectement lorsqu'un cas relevant de sa compétence lui est soumis. Le recours de droit public ne peut être exercé que contre une décision ou un arrêté cantonal (OJ, art. 84). Les décrets des autorités fédérales ne peuvent être directement attaqués au moyen d'un recours de droit public. *Le recours de droit administratif* (OJ, art. 97 et suiv.) n'est pas recevable contre des règles générales de droit, mais simplement contre des décisions d'espèce. Les décisions prises par le Conseil fédéral ne peuvent pas faire l'objet d'un recours de droit administratif (OJ, art. 102).

En revanche, la question de la légalité d'une ordonnance peut être soulevée comme *question préjudicielle* et cela non seulement devant la *Cour de droit public* mais aussi devant la *Cour de droit civil* (ATF 32 II 578 et suiv.) ou la *Cour pénale* (ATF I 451), lorsque l'une de ces cours examine un des cas de sa compétence. La cour de droit administratif peut de même examiner la légalité d'une ordonnance (arguments tirés de l'art. 114, 3e alinéa, de la Constitution fédérale).

Si le Conseil fédéral dépassant les attributions de compétence de la Confédération empiète, par une de ses ordonnances, sur les attributions des cantons, ces derniers peuvent avoir recours à la réclamation de droit public (OJ, art. 83, lettre a).

Un recours à l'Assemblée fédérale contre une ordonnance prise par le Conseil fédéral est irrecevable. L'article 85, chiffre 12, de la Constitution fédérale ne s'applique pas aux recours *contre* le Conseil

fédéral.[14] Une telle compétence de l'Assemblée fédérale ne peut également pas être déduite de la surveillance de ladite assemblée sur l'administration (art. 85, chiffre 11, Const. féd.).[15]

Outre le Tribunal fédéral et le Tribunal fédéral des assurances, d'autres tribunaux — nous pensons avant tout aux *autorités judiciaires cantonales* — peuvent également examiner la légalité *(Rechtmässigkeit)* des ordonnances à l'occasion d'un cas d'espèce de leur compétence. D'une manière générale cette compétence a été adoptée par la pratique et la doctrine.[16] Finalement, cet examen appartient aussi aux autorités administratives, même cantonales, dans la mesure où elles peuvent décider librement. *Burckhard* fait toutefois observer (p. 789, Nr. 6) à juste titre, qu'une direction cantonale des finances ne peut ignorer un arrêté du Conseil fédéral, aussi longtemps qu'elle n'en a pas été autorisée par le gouvernement cantonal et le gouvernement cantonal ne peut pas le faire en tant qu'il exécute du droit fédéral et se trouve à ce sujet sous le contrôle du Conseil fédéral.

L'examen de la légalité du point de vue formel (formelle Rechtmässigkeit) est relativement simple pour les ordonnances législatives. La promulgation et la publication suffisent, à quoi il faut ajouter éventuellement l'entrée en vigueur si celle-ci n'est pas déjà liée à la publication.

Appartiennent à la *promulgation* — en vertu de la loi fédérale du 9 octobre 1902 (RO *19*, 353) sur les rapports entre le Conseil national, le Conseil des Etats et le Conseil fédéral, ainsi que sur la forme des lois et arrêtés — la *signature de l'acte*, par laquelle il est attesté que l'ordonnance est bien l'expression de la volonté de l'autorité compétente. La loi fédérale du 26 mars 1914, sur l'organisation de l'administration fédérale, prescrit simplement, à son article 12, que les décisions du Conseil fédéral doivent être signées au nom de cette autorité par le président et par le chancelier de la Confédération ou, en cas d'empêchement, par leurs suppléants. Cette même loi exige, en outre, la *qualification de l'acte* (arrêté, ordonnance), donc ce qui le distingue des autres actes législatifs. A ce sujet nous avons déjà fait observer que

---

14 *Burckhardt:* pp. 732 et suiv.

15 *Burckhardt:* Kommentar, p. 695. *Marti:* op. cit., p. 144. *Fleiner:* pp. 170 et suiv. et *Giacometti:* Ueber das Rechtsverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaate (Festgabe Fleiner 1927), p. 397, admettent un droit de cassation en faveur de la Confédération.

16 ATF 33 I 414; 51 I 450; 53 I 433; 54 I 59; 163 I 365; 64 I 222; 68 II 94 et 317. Arrêts rendus par le Tribunal militaire de cassation de 1915 à 1925, p. 140, de 1926 à 1935, p. 108, de 1936 à 1940, pp. 71 et 86. *Burckhardt:* p. 789. *Fleiner:* pp. 416 et 443. *Giacometti:* Verfassungsgerichtsbarkeit, p. 90. *Ruck:* Staatsrecht, p. 138. Le Tribunal militaire de cassation a même admis que l'examen de la légalité devait être fait *d'office* (Jugement du 24 janvier 1924).

le droit fédéral ne connaît pas de terminologie précise pour ce qui est des ordonnances législatives et que les expressions les plus diverses sont utilisées, par exemple ordonnance, ordonnance d'exécution, règlement d'exécution, arrêté du Conseil fédéral. La langue allemande connaît encore une plus grande diversité avec ses «Verordnungen», «Ausführungsverordnungen», «Vollziehungsverordnungen», «Bundesratsbeschlüsse», etc.

A notre avis, la *date* doit également être exigée, chose particulièrement importante quant à l'entrée en vigueur de l'acte.

Aux termes de l'article 33 de la loi fédérale précitée du 9 octobre 1902 sur les rapports entre le Conseil national, etc... (RO *19*, 353), la *proclamation*, c'est-à-dire la publication doit avoir lieu dans le Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse. Ce n'est pas la publication dans la Feuille fédérale, mais bien dans le Recueil des lois fédérales qui donne à l'acte législatif sa force obligatoire.[17]

La publication dans le Recueil officiel des lois permet de présumer que la promulgation correspond, ainsi que le dit la loi, «à l'expédition originale», puisque le texte contenu dans le dit Recueil peut servir de moyen de preuve aux sens de l'article 9 du Code civil.

Lors de l'examen par le juge — du point de vue de la légalité matérielle (materielle Rechtmässigkeit) — de l'ordonnance législative fondée sur une compétence indirecte (cf. p. 33, note 4), il y aura lieu d'établir si la norme de la délégation existe. On peut aussi considérer cette exigence comme appartenant à la légalité formelle puisqu'elle est la condition de la validité. Mais elle touche bien plus le côté matériel, car elle détermine le contenu de l'ordonnance législative.

La légalité *(Rechtmässigkeit)* de la délégation elle-même échappe à l'examen du juge en tant qu'elle est contenue dans une loi fédérale ou un arrêté fédéral. L'acte délégatoire s'impose ici au Tribunal fédéral sans que ce dernier ait la compétence d'examiner sa constitutionnalité.[18] Le Tribunal fédéral peut simplement examiner si les conditions formelles ont été remplies. Si elles le sont, la légalité de la délégation est alors d'emblée établie.

Appartient en outre à la légalité matérielle, la *compétence de l'autorité déléguée*. La *lex delegationis* désigne toujours le délégué auquel elle confère le droit d'édicter des ordonnances. Cette désignation de l'organe compétent s'impose également au Tribunal fédéral en tant que la norme de la délégation est contenue dans une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale. En revanche, *l'admissibilité d'une sous-délégation* peut être examinée.

---

[17] *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 409.

[18] ATF 39 I 410; 47 I 348 ; 50 I 336; 51 I 451; 53 I 433; 54 I 163; 55 I 252; 56 I 216; 63 I 328; 64 I 222; 68 I 94.

Il y a lieu finalement d'examiner si *l'ordonnance législative (Rechtsverordnung) se tient dans les limites de la délégation.* Le contenu de l'ordonnance doit concorder avec la norme de la délégation, ce qui n'est pas toujours facile à établir, surtout lorsque l'ordonnance en cause a été édictée en vertu de pouvoirs illimités.

Jusqu'en 1904, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur l'admissibilité de la délégation en elle-même (ATF 30 I 68, 719); il a même parfois prudemment évité la question (ATF 29 I 43). Dans ses arrêts plus récents, il a admis qu'une loi fédérale ou une arrêté fédéral de portée générale devait être appliqué par le Tribunal fédéral, conformément à l'article 113 de la Constitution fédérale, et que, par conséquent, ces actes législatifs ne pouvaient pas être examinés du point de vue de leur validité matérielle ni, partant, quant à l'admissibilité de leur contenu. Si ce dernier est formé par une norme accordant la délégation, cette norme devra — toujours selon le Tribunal fédéral — être appliquée par celui-ci. Ce qui lui resterait à examiner ne serait que la concordance du contenu de l'ordonnance législative fondée sur une compétence indirecte (cf. p. 33, note 4, *unselbständige Rechtsverordnung)* avec la norme de la délégation (citons comme exemples les ATF 33 I 414; 39 I 410; 46 I 273; 50 I 357; 51 I 451; 52 I 342).

Bien que le Tribunal fédéral passe de la sorte sur l'admissibilité de la délégation, il ne la rejette pourtant pas en définitive, ce qui ressort tout particulièrement de certains de ses arrêts (51 I 451; 53 I 433), où même la *délégation tacite* a été reconnue. Cette dernière doit, selon sa manière de voir, être admise lorsque la loi présente des lacunes auxquelles il ne peut être remédié qu'en édictant des normes juridiques. Dans de tels cas, le Tribunal fédéral aurait pu se refuser à reconnaître la validité des ordonnances législatives fondées sur une compétence indirecte (*unselbständige Rechtsverordnungen,* cf. p. 33), puisque la clause délégatoire nécessaire leur fait défaut. Mais c'est précisément dans ces cas qu'il a sanctionné la pratique de la délégation.

La manière de voir du Tribunal fédéral sur le *nature juridique* de la délégation législative apparaît néanmoins dans certains de ses arrêts. Dans l'arrêt 33 I 414, par exemple, il dit que la loi délégatoire accorde au Conseil fédéral la *compétence* d'ordonner certaines actions ou de les interdire. De même, dans un arrêt de l'année 1935 (ATF 61 I 443), il parle d'une «délégation de compétence». L'ordonnance législative fondée sur une délégation posséderait ainsi exactement la même valeur que la *lex delegationis* elle-même. Elle pourrait donc, comme une loi fédérale, modifier d'autres lois fédérales, ou les abroger, cela bien entendu seulement lorsque la loi délégatoire lui

conférerait cette force dérogatoire (ATF 62 I 79), ce qui — toujours d'après le Tribunal fédéral — pourrait aussi avoir lieu tacitement.

Il en résulte que l'ordonnance législative fondée sur une délégation peut, de même qu'une loi fédérale, empiéter sur la Constitution sans par là perdre sa validité, lorsque — d'après la manière de voir du Tribunal fédéral — le législateur a voulu lui donner cette portée. Au demeurant le Tribunal fédéral évite le plus possible les constructions théoriques et tient largement compte de la vie pratique (ATF 32, II, 572 et suiv.).

Dans les cas où le Conseil fédéral a reçu la compétence d'édicter *facultativement* des ordonnances législatives (lorsque l'acte délégatoire dit que le Conseil fédéral «*peut* — — — —») ou lorsque la norme de la délégation constitue un *blanc-seing (Blankettnorm)* de la part du parlement, le Tribunal fédéral examine non pas la *nécessité ou l'opportunité* d'une prescription contenue dans une ordonnance, mais uniquement si le législateur a *voulu*, pour ce qui est de l'ordonnance en question, accorder au Conseil fédéral la compétence de l'édicter (ATF 39 I 410; 47 I 348; 50 I 337; 57 I 45; 58 I 282). Il ne considère pas l'inopportunité d'une disposition comme une atteinte à la norme de la délégation (ATF 57 I 45). C'est notamment lorsque l'acte délégatoire constitue un *blanc-seing* de la part du parlement, que le Tribunal fédéral n'examine pas si les Chambres fédérales avaient le pouvoir d'accorder pareille compétence au Conseil fédéral, mais seulement si *l'intention* des Chambres a été de donner au Conseil fédéral des pouvoirs d'une telle étendue. Dans l'affirmative, les dispositions contenues dans une ordonnance édictée en vertu d'une telle délégation ont la valeur juridique de celles figurant dans une loi fédérale ou dans un arrêté fédéral de portée générale (ATF 62 I 79).

Dans certains arrêts qui suivirent, le Tribunal fédéral n'a pas simplement rejeté l'examen de la nécessité et de l'opportunité d'une mesure prise par le Conseil fédéral, mais il a examiné si ladite mesure était bien *indiquée* pour atteindre le but visé par le législateur (ATF 61 I 369; 64 I 223 et 369).

L'approbation, par les Chambres fédérales, d'une ordonnance prise en vertu d'une délégation devrait lier le Tribunal fédéral, même si cette approbation n'a pas lieu en la forme en laquelle les Chambres fédérales exercent leur pouvoir législatif. Car, ainsi, l'autorité accordant la délégation atteste de manière authentique que l'ordonnance ne dépasse pas le cadre de la délégation.[19] La pratique n'est toutefois pas constante (ATF 61 I 368, ATF 64 I 373).

---

[19] *Giacometti:* (Verfassungsrecht, p. 80) demande à ce sujet une loi fédérale ou un arrêté fédéral déclaré urgent. Nous penchons cependant en faveur de l'opinion de *Marti:* op. cit., p. 157.

Le Tribunal fédéral a admis la *sous-délégation*. Dans un arrêt rendu en 1935 (ATF 61 I 443) et se rapportant à la loi fédérale du 8 décembre 1905, sur le commerce des denrées alimentaires, il est dit que le Conseil fédéral aurait, par l'article 7, alinéa 7, de cette loi, obtenu «une délégation de compétence» et qu'il en aurait «à son tour délégué une partie aux Cantons, tout en se réservant de ratifier leur œuvre. Il suit de là que cette ratification n'est que le prolongement de son activité de législateur délégué».

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la délégation, il semble donc que les «*ordonnances de nécessité*» seraient également soumises à son examen lorsqu'elles revêtent la forme d'un arrêté ou d'une ordonnance du Conseil fédéral.[20] Mais, le Tribunal fédéral adopte ici une manière de voir différente. Dans sa jurisprudence, il s'abstient d'une manière constante de procéder à l'examen des ordonnances de nécessité *dans toute leur étendue* (ATF 41 I 44, 551; 44 I 89; 46 I 309; 55 I 252; 56 I 416; 61 I 362; 64 I 362).[21] En revanche, il admet l'examen du pouvoir d'appréciation quant à ses excès (ATF 63 I 326; 68 I 129). Pour justifier son point de vue, il a recours à des arguments juridiques et extra-juridiques. *Juridiquement*, il fait valoir, tout particulièrement en ce qui concerne l'arrêté fédéral du 3 août 1914, que l'Assemblée fédérale aurait délégué sa compétence constitutionnelle au Conseil fédéral et que les pouvoirs extraordinaires de celui-ci seraient illimités. Seule l'Assemblée fédérale qui a accordé ces pouvoirs, et non une autorité judiciaire, serait à même de juger s'ils ont été dépassés. Il invoque, comme *argument extra-juridique*, qu'en temps extraordinaires, le Conseil fédéral aurait la compétence de prendre des mesures également extraordinaires pour lesquelles il ne saurait être lié par la Constitution. L'on ne pourrait par conséquent exiger de lui qu'il ne se serve de ses pouvoirs que dans des limites bien définies, alors que le bien du peuple exigerait précisément qu'il les dépasse.

Il semble donc que le Tribunal fédéral considère en somme les ordonnances de nécessité comme des mesures extra-juridiques, comme relevant avant tout de l'ordre politique, comme une application de l'adage «*salus rei publicae suprema lex esto!*»

---

[20] Voir en ce qui concerne la notion de ce «droit de nécessité» qui est en dehors de notre sujet: *Reber:* op. cit., pp. 10 et suiv. *Tingsten:* op. cit., pp. 225 et suiv. Le Conseil fédéral donne du droit de nécessité la définition suivante: «Le droit de nécessité est le produit d'une activité législative extraordinaire déployée alors que l'Etat se trouve dans un cas de nécessité. Il a pour fin de parer à un danger qui menace l'existence même de l'Etat». (Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur l'initiative concernant le droit de nécessité, du 3 avril 1939. Feuille fédérale 1939 I.)

[21] Point de vue adopté par *Burckhardt:* Kommentar 789. D'avis opposé *Fleiner:* Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 419; cf. également *Marti:* op. cit., pp. 158 et suiv.

§ 12. De lege ferenda

Terminons notre étude en abordant la question de savoir *s'il serait opportun d'introduire dans la Constitution fédérale un article relatif à la délégation législative* et s'il serait ainsi possible de mettre fin, comme on pourrait à bon droit l'espérer, aux critiques si souvent entendues au sujet de la pratique actuelle (inconstitutionnalité des délégations législatives, droit fédéral autoritaire, etc.).

En somme, si l'on examine de près les principales objections formulées à l'égard de la délégation législative, telle qu'elle est pratiquée en Suisse, il faut bien reconnaître que ces griefs concernent avant tout les délégations fondées sur les arrêtés fédéraux de portée générale, déclarés urgents. En effet, la délégation législative contenue dans une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale peut être rejeté par le citoyen s'il est fait usage du *referendum facultatif*. Il n'est donc pas juste de dire que la délégation législative est contraire aux principes démocratiques et en opposition avec la notion de souveraineté populaire.[22]

En ce qui concerne les arrêtés fédéraux de portée générale déclarés urgents, relevons que l'article 89*bis* de la Constitution fédérale offre maintenant les garanties suffisantes pour que les droits du peuple soient sauvegardés.

Souhaitons que cette solution constitutionnelle aura pour effet d'atténuer certaines critiques visant l'usage de délégations législatives. Une réglementation constitutionnelle particulière de ces dernières n'apparaît, dans ces conditions, guère nécessaire, étant donné surtout que la validité de la délégation accordée par une loi fédérale résulte à elle seule déjà de l'article 113, dernier alinéa, de la Constitution fédérale, donc d'une disposition de droit positif, et que la nécessité de délégations n'est aujourd'hui plus sérieusement contestée. Nous n'hésitons toutefois pas à aller plus loin et à prétendre qu'une disposition constitutionnelle relative à la délégation ne serait pas désirable.

Le législateur occupé à rédiger un article relatif à la délégation se trouvera forcément devant l'alternative d'adopter ou une formule générale et souple ou une formule rigide. Une disposition assez souple pourrait, par exemple, avoir la teneur suivante:

«*L'Assemblée fédérale peut, en tant que cela paraît nécessaire, déléguer à d'autres autorités fédérales la compétence d'édicter des décrets de portée générale. L'objet et la portée de la délégation doivent, dans la mesure du possible, être nettement définis.*»

---

[22] *Giacometti:* Ueber das Rechtsverordnungsrecht im Schweiz. Bundesstaate (Festgabe Fleiner 1927), p. 394, id. Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation, p. 31. *Triepel:* op. cit., pp. 13 et suiv.

Un article ainsi conçu assurerait à l'Assemblée fédérale une liberté suffisante. Mais les cas de délégations ne subiraient, du fait de la clause «en tant que cela paraît nécessaire», aucune limitation réelle; aucune garantie contre l'exclusion des droits des citoyens à l'activité législative ne serait en outre donnée. De plus, l'exigence d'une définition aussi précise que possible du contenu et de la portée de la délégation pourrait entraver l'octroi de délégations qui seraient pourtant nécessaires, mais dont l'objet et la portée ne se laisseraient pas décrire d'une manière précise. Finalement, un article de ce genre demeurera sans aucune sanction aussi longtemps que les tribunaux n'auront pas la compétence d'examiner la légalité *(Rechtmässigkeit)* des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale. Admettons que, contrairement à la disposition ci-dessus, une *loi fédérale* accorde d'une manière toute générale une délégation législative au Conseil fédéral, ou lui trace simplement le cadre de l'activité déléguée ou même lui accorde des pouvoirs illimités. Il n'en résulterait pas moins que cette loi doive être observée par le Tribunal fédéral.

Une disposition moins élastique déterminant, par exemple, d'une façon plus précise les conditions et le contenu de la délégation législative, risquerait de créer des difficultés lorsque des cas imprévisibles où une délégation de pouvoir serait pourtant nécessaire se présenteraient. Il en résulterait soit que l'activité législative en pâtirait, soit que les limites ainsi fixées devraient être dépassées. Les critiques invoquant l'inconstitutionnalité des mesures prises ne prendraient donc également pas fin, sans parler du fait qu'il n'est pas toujours facile de juger si, dans un cas particulier, le cadre fixé par la norme de la délégation a été dépassé ou non.

Et qui devrait finalement trancher la question de savoir si l'Assemblée fédérale a observé le cadre fixé? Pareille question n'est en tous cas, en vertu de l'article 113 de la Constitution fédérale, pas de la compétence du Tribunal fédéral ni d'aucune autre autorité, car cet examen se rapporte à la légalité (Rechtmässigkeit) de lois fédérales et d'arrêtés fédéraux de portée générale. De ce fait, la responsabilité des Chambres fédérales envers elles-mêmes demeurerait entière, situation que nous avons sans l'existence d'un article constitutionnel réglant la question.

En conséquence, *de lege ferenda* également, il n'est pas recommandable d'insérer dans la Constitution fédérale un article relatif à la délégation législative.

Résumé et conclusions

Arrivés au terme de notre étude, il ne sera pas inutile, vu l'extrême actualité du sujet et les nombreuses controverses qui s'y rapportent, de résumer en quelques points l'essentiel de nos considérations.

1. — Le problème de la délégation législative est à la fois théorique et pratique. Du premier point de vue qui seul nous occupe dans ce paragraphe, il soulève la question de savoir si un organe exécutif peut être investi du pouvoir d'édicter, sous la forme purement extérieure de l'ordonnance, du «droit matériel», donc de remplir en somme les attributions réservées au pouvoir législatif. Si l'on admet que la délégation législative est un décalage dans l'ordre de la répartition des attributions, l'on se heurte inévitablement tant aux délimitations constitutionnelles entre les pouvoirs législatif et exécutif qu'au principe de la séparation des pouvoirs.

Cependant, la règle de droit n'est en elle-même pas un critère d'ordre matériel suffisant pour distinguer la loi de l'ordonnance. Pour cette raison, les attributions législatives n'ont, dans les constitutions démocratiques modernes, pas été confiées exclusivement à un organe déterminé. La structure organique de l'Etat démocratique est telle que le parlement autant que le gouvernement sont les organes exécutifs de la Constitution. Le premier crée les lois tendant à la mise en œuvre de la Constitution, tandis que le second édicte les ordonnances d'exécution relatives à ces lois.

2. — Alors que dans l'élaboration des normes qu'il édicte, le pouvoir législatif est libre sous réserve du droit de veto du peuple (referendum), l'exécutif est en revanche lié, dans ce domaine, par la volonté du *législateur*, volonté dont il est l'exécuteur responsable. C'est le pouvoir législatif qui détermine la marge laissée à l'exécutif. Quant à savoir si cette marge comprend également le pouvoir d'édicter des règles de droit au même titre que le législateur, cela dépend du degré jusqu'auquel ce dernier veut spécialiser une loi et la rendre plus concrète.

3. — La *délégation législative* est ainsi — *du point de vue de la technique juridique — une des phases du processus législatif* (pro-

cessus créateur du droit) *allant successivement du général au particulier.* La marge plus ou moins grande dont dispose le pouvoir exécutif n'est donc pas une pure question de «décalage de compétence». Elle concerne bien plus l'étendue des attributions exécutives qui sont dévolues à ce pouvoir de par la Constitution. *Juridiquement, la délégation législative est le moyen par lequel le pouvoir législatif précise — dans certains cas — la fonction constitutionnelle d'exécutrice des lois du pouvoir exécutif, et fait par là usage de son droit de donner des instructions et des ordres à son organe auxiliaire.*

4. — L'admissibilité *illimitée* de la délégation législative se heurte à la situation et aux attributions d'un pouvoir législatif constitutionnellement établi. Il va de soi que plus une Constitution donne de l'importance au pouvoir législatif, plus la marge laissée à l'activité législative de l'exécutif doit être réduite. Mais il est impossible de fixer, au moyen de critères absolus, l'étendue de l'activité créatrice de normes juridiques *(rechtserzeugende Tätigkeit)* de chacune des autorités, ceci du simple fait déjà que la situation respective des pouvoirs exécutif et législatif varie selon les constitutions des divers Etats.

5. — Dans les *démocraties à referendum,* la limite ne sera de toute façon pas dépassée aussi longtemps que les lois délégatoires seront soumises au referendum, puisque tout citoyen jouissant de la capacité politique a ainsi la possibilité de se prononcer sur chaque délégation en particulier.

6. — La *Confédération suisse* représente — en tant que démocratie à referendum obligatoire pour les modifications de la Constitution et à referendum facultatif pour les lois ordinaires — un Etat régi par le droit fondé sur le principe de la séparation des pouvoirs, avec un pouvoir judiciaire indépendant du législatif et un pouvoir exécutif *juridiquement* également indépendant. *Politiquement,* nous avons un Etat d'équilibre instable qui sera tantôt en faveur du parlement, tantôt du Conseil fédéral. Une certaine suprématie de l'Assemblée fédérale sur les deux autres pouvoirs existe, en revanche, en matière de nomination (commandant en chef de l'armée, juges fédéraux) et de surveillance comme aussi du fait que les lois fédérales doivent être appliquées par le Tribunal fédéral.

7. — Le peuple participe *obligatoirement* à l'adoption de la Constitution alors que, pour les lois fédérales, il n'exerce ce droit que grâce au referendum *facultatif.* Cependant, la *distinction entre la Constitution et la loi* s'estompe si l'on tient compte du fait que les lois fédérales (également les arrêtés fédéraux de portée générale et les traités internationaux approuvés par l'Assemblée fédérale) doivent être appliqués par le Tribunal fédéral sans examen préalable de leur constitutionnalité. Du point de vue des droits du peuple, la *limite*

entre la loi et l'ordonnance n'est également pas rigide, puisque l'Assemblée fédérale peut éviter le referendum facultatif pour les lois fédérales en usant simplement de la déclaration d'urgence. Le processus créateur du droit *(rechtserzeugende Tätigkeit)* est ainsi très souple et la liberté dont dispose le pouvoir législatif se trouve considérablement élargie.

8. — La Constitution fédérale ne contient aucune disposition relative à la délégation. Mais les autorités fédérales ont de tout temps admis — avec l'acceptation tacite d'une telle pratique par le peuple — que cette lacune égalait à une autorisation non expresse en faveur de l'usage qui en a été fait. D'autre part, cette pratique a reçu l'approbation de la grande majorité des auteurs. Elle n'a en outre pas été mise en doute par l'autorité judiciaire. La délégation législative dont l'admissibilité, du seul point de vue théorique déjà, ne fait aucun doute, est pratiquement encore favorisée, en Suisse, par le processus législatif extrêmement souple que nous avons.

9. — L'indépendance juridique de l'exécutif fédéral apparaît constitutionnellement dans le *pouvoir* que cette autorité possède *d'édicter de son propre chef des ordonnances (ordonnances fondées sur une compétence directe;* cf. p. 33, note 4). A cet effet, aucune délégation de l'Assemblée fédérale n'est nécessaire. En revanche, la portée et le contenu des autres ordonnances édictées par le pouvoir exécutif sont déterminées par la marge laissée à ce dernier par la loi qui doit être exécutée. La délégation législative revient ainsi simplement à une délimitation — de la part du législatif — de ce qui doit figurer dans la loi et de ce qui peut être laissé à la réglementation par voie d'ordonnances du gouvernement.

10. — Il ne peut être question en aucun cas de délégation législative lorsque la norme délégatoire n'est pas contenue dans une loi — loi fédérale ou arrêté fédéral de portée générale — mais figure dans une *ordonnance de l'Assemblée fédérale.* L'ordonnance est un acte administratif alors même qu'elle constituerait une ordonnance législative *(Rechtsverordnung).* L'Assemblée fédérale, en promulguant un tel acte, agit par conséquent en qualité d'autorité administrative. Comme telle, elle n'a pas besoin de recourir à des délégations. Elle donne simplement des ordres à l'autorité administrative qui lui est subordonnée.

11. — L'indépendance constitutionnelle du Conseil fédéral en tant qu'exécutif ne s'oppose pas, d'une manière irréductible, à une certaine *dépendance fonctionnelle* envers l'Assemblée fédérale en ce qui concerne l'activité législative, puisque l'Assemblée fédérale peut, à son gré, fixer les limites de cette activité en procédant volontairement à la

promulgation de décrets plus ou moins élaborés dans les détails (ce que nous avons appelé la «spécialisation et concrétisation»).

12. — Du fait de la déclaration d'urgence de certains décrets du parlement contenant des normes délégatoires, l'Assemblée fédérale soustrait évidemment une partie de la législation matérielle au referendum. Il s'agit cependant là de mesures juridiques *provisoires* dont la durée de validité est limitée et qui ne peuvent entrer dans le cadre de la législation ordinaire qu'après avoir été soumises par la suite au referendum.

13. — En ce qui concerne la *portée* de la délégation législative, il faut partir du principe que l'exécution de lois et d'arrêtés fédéraux n'implique, en tant que fonction constitutionnelle du Conseil fédéral, aucunement l'obligation d'un mandat de la part du législateur. Le mandat contenu dans un décret de l'Assemblée fédérale, en vertu duquel cet acte doit être exécuté peut donc — en tant que mandat général — uniquement être interprété dans le sens d'une disposition dont l'exécution peut également comporter la promulgation de *règles de droit.* Ces dernières ne doivent pas nécessairement viser seulement la stricte exécution des principes juridiques figurant déjà dans la loi ou l'arrêté en question, mais peuvent en outre contenir des idées juridiques nouvelles utiles à cette exécution *(praeter legem).*

14. — En revanche, la promulgation de dispositions *contra legem* doit se fonder sur une autorisation expresse de l'autorité accordant la délégation.

15. — L'ampleur de la marge de pouvoir laissée au Conseil fédéral pour qu'il exécute une loi ou un arrêté et édicte à cet effet des règles de droit est déterminée par les Chambres fédérales qui apprécient librement selon les circonstances. Il en résulte que les dites Chambres peuvent ainsi donner à la clause de délégation une portée très générale allant jusqu'à l'octroi de *pouvoirs illimités (Blankettnorm).* Mais, dans ce cas également, il n'existe qu'une seule autorité législative et c'est une illusion de croire qu'il y en ait deux, fonctionnant l'une à côté de l'autre. Quant au fond, le Conseil fédéral demeure, dans son activité législative, fonctionnellement dépendant de l'Assemblée fédérale. Cette dernière peut se réserver l'approbation des mesures prises et peut même, sans une telle réserve, rendre caducs les actes législatifs promulgués en vertu de la délégation, en abrogeant purement et simplement l'acte délégatoire qui s'y rapporte.

16. — L'admissibilité juridique de la délégation législative n'implique pas celle de la *sous-délégation.* La norme contenant la délégation doit la mentionner expressément. Tout au moins devra-t-elle être tacitement reconnue par l'autorité qui délègue. Une sous-

délégation dont il est fait usage avec une certaine continuité constitue sans conteste une présomption en faveur d'une telle reconnaissance tacite. La délégation aux départements de l'administration fédérale a d'ailleurs été légalement sanctionnée par la loi fédérale du 26 mars 1914 relative à l'organisation de l'administration fédérale.

17. — Aucune disposition de droit positif ne permet l'examen, par le juge, de la constitutionnalité de l'acte délégatoire émanant de l'Assemblée fédérale, en tant que la norme délégatoire est contenue dans une loi fédérale ou dans un arrêté fédéral de portée générale muni de la clause d'urgence ou non. En revanche, les actes législatifs du Conseil fédéral ou d'une autre autorité édictés en vertu d'une délégation, peuvent être examinés du point de vue de la légalité formelle et matérielle et ceci quant à leur *concordance avec la lex delegationis*, ainsi qu'avec les autres principes juridiques supérieurs dont il convient de tenir compte.

18. — L'introduction d'un article constitutionnel prévoyant la délégation législative n'est — de *lege ferenda* — pas recommandable. Une rédaction générale d'un tel article ne rendrait aucun service, tandis qu'une formule précise créerait des entraves inutiles. Remarquons d'ailleurs qu'un article relatif à la délégation demeurera sans grande valeur pratique aussi longtemps que l'examen de la constitutionnalité, par le juge, des décrets rendus par le parlement, n'aura pas été introduit dans la Constitution.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

Anschütz: Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des Königlichen Verordnungsrechts nach Preussischem Staatsrecht 1900.
Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz 1913.
Barthélemy, H.: Traité élémentaire de droit administratif, Paris 1938.
Bigne de Villeneuve, M. de La: Traité général de l'Etat, 3 vol., Paris 1930.
Blumer-Morel: Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts 1877 et suiv.
Bohrer: Verhältnis von Verordnung und Verfügung. Diss. Zurich 1922.
Bosshart, Ed.: Die parlamentarische Kontrolle nach schweiz. Staatsrecht, insbes. die Oberaufsicht der Bundesversammlung über die Bundesverwaltung. Winterthur 1926.
Burckhardt, W.: Kommentar der schweiz. Bundesverfassung, Bern 1931.
Methode und System des Rechts, Zurich 1936.
Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Bâle 1927.
Carré de Malberg: La loi, expression de la volonté fédérale, Paris 1920.
Contribution à la Théorie générale de l'Etat, 2 vol., Paris 1920.
La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la Constitution de Weimar (étude parue dans le Bulletin de la Société de Législation comparée, XXIV).
Duguit, L.: Traité de droit constitutionnel, 4 vol., Paris 1924.
Die Durchführung der Gewaltenteilung in der Schweiz (Veröffentlichung der Schweiz. Verwaltungskurse an der Handelshochschule St. Gallen, Bd. 12) 1949.
Eichenberger, K.: Die Oberste Gewalt im Bunde, Diss. Bern 1949.
Eisenmann, Ch.: Die Theorie von der «délégation législative» und die französische Rechtslehre (étude parue dans la Zeitschrift für öffentliches Recht, vol. XI).
Esmein, A.: Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 2 vol., Paris 1921.
Favre, J.: Le droit de nécessité de l'Etat, Lausanne 1937.
Fleiner, F.: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Zurich 1939.
Schweiz. Bundesstaatsrecht, 1 vol. Tubingue 1923.
Gafner, R.: L'exercice du pouvoir fédéral par les autorités de la Confédération suisse, Lausanne 1945.
Giacometti, Z.: Die Auslegung der schweiz. Bundesverfassung, Tubingue 1925.
Ueber das Rechtsverordnungsrecht im schweiz. Bundesstaate (Dans «Festgabe Fleiner 1927»).
Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation in der Schweiz. Eidgenossenschaft (dans «Festgabe zum schweiz. Juristentag 1938»).
Verfassungsrecht und Verfassungspraxis (dans «Festgabe Fleiner 1937»).
Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft, Zurich 1945.
Guhl, Th.: Bundesgesetz, Bundesbeschluss und Verordnung, Bâle 1908.
Hauriou, M.: Précis de droit constitutionnel, Paris 1923.
Jellinek, G.: Gesetz und Verordnung 1887.
Allgemeine Staatslehre, Berlin 1929.

Jellinek, W.: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung 1913.
Verwaltungsrecht, Berlin 1929.
Jèze, G.: Les principes généraux du droit administratif, vol. 2, 1930.
L'exécutif en temps de guerre, Paris.
Lautner-Moser: System des schweizerischen Kriegswirtschaftsrechts, 4 vol. 1942 à 1944.
Kelsen, H.: Allgemeine Staatslehre, 1 vol., Berlin 1925.
Reine Rechtslehre, Berlin 1934.
Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tubingue 1929.
Kuhne, F.: Das Problem der Delegation und Subdelegation von Kompetenzen der Staatsorgane. Diss. Zurich 1941.
Laband, P.: Das Staatsrecht des deutschen Reiches, vol. 2, éd. de 1911.
Lachenal: La séparation des pouvoirs dans la Confédération suisse spécialement au point de vue de la délégation du pouvoir de légiférer (actes de la Société suisse des juristes fasc. 3; 1943).
Marti, H.: Das Verordnungsrecht des Bundesrates, Berne 1944.
Masnata, S.: La délégation de la compétence législative, Thèse, Lausanne 1942.
Mayer, O.: Deutsches Verwaltungsrecht, éd. de 1924.
Merkl, A.: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927.
Montesquieu: De l'esprit des lois (dans la collection des «classiques Garnier»).
Müller, O. H.: Die Verordnungskompetenz der kantonalen Legislativen, Diss., Zurich 1942.
v. Orelli, K.: Das Verhältnis von Demokratie und Gewaltenteilung und seine Wandlungen insbesondere im schweizerischen Bunde, Diss. Zurich 1947.
Oswald: Die Gewaltentrennung im Schweizerischen Staatsrecht (actes de la Société suisse des juristes, fasc. 4; 1943).
Reber, C.: Das Notrecht des Staates, 1 vol., Brougg et Zurich 1938.
Ruck, E.: Schweiz. Staatsrecht, 1 vol., Zurich 1939.
Schweiz. Verwaltungsrecht, 2 vol., Zurich 1938.
Salis, R. L. de: Le droit fédéral suisse, 5 vol., 1904-1907.
Schmitt, C.: Vergleichender Ueberblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigung (dans: Zeitschrift für ausl. öffentl. Recht und Völkerrecht, vol. VI).
Verfassungslehre, Munich et Leipzig, 1928.
Tingstén, H.: Les pleins pouvoirs, 1 vol. 1934.
Triepel, H.: Empfiehlt es sich in die Reichsverfassung neue Vorschriften über die Grenzen zwischen Gesetz und Rechtsverordnung aufzunehmen? (Verhandlungen des 32. deutschen Juristentages 1921.)
Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, Berlin 1929.
Waldkirch, Ed.: Die Notverordnung im schweiz. Bundesstaatsrecht, Diss. Berne 1915.

Publications officielles telles que:
Rapports du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur les mesures prises par lui en vertu de ses pouvoirs extraordinaires.
Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération.
Arrêts du Tribunal fédéral suisse.
Feuille fédérale, etc.

Périodiques: Revue Suisse de Jurisprudence.
Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, etc.